

UNIVERSITÉ DE MONTPELLIER. — FACULTÉ DE DROIT

LE DIVORCE
ET
LA SÉPARATION DE CORPS
DANS LE CODE CIVIL SUISSE

ETUDE CRITIQUE

THÈSE
pour le Doctorat (Sciences juridiques)

PAR

Georges MARCHAND

Lauréat de la Faculté
Avocat à la Cour d'Appel



MONTPELLIER
«L'ABEILLE», IMPRIMERIE COOPÉRATIVE OUVRIÈRE
14, Avenue de Toinouse. — TELEPHONE 8-78

1921

LE DIVORCE ET LA SÉPARATION DE CORPS
DANS LE CODE CIVIL SUISSE

ETUDE CRITIQUE

UNIVERSITÉ DE MONTPELLIER. — FACULTÉ DE DROIT

LE DIVORCE
ET
LA SÉPARATION DE CORPS
DANS LE CODE CIVIL SUISSE

— ♦ —
ETUDE CRITIQUE
— ♦ —

THÈSE
pour le Doctorat (Sciences juridiques)

PAR

Georges MARCHAND

Lauréat de la Faculté
Avocat à la Cour d'Appel



MONTPELLIER
« L'ABEILLE », IMPRIMERIE COOPÉRATIVE OUVRIÈRE
14, Avenue de Toulouse. — TÉLÉPHONE 8-78

—
1921



UNIVERSITÉ DE MONTPELLIER

FACULTÉ DE DROIT

MM. VALÉRY, doyen, professeur de Droit commercial,
chargé du cours de Droit international privé.
MOYE, professeur de Droit internat. public, assesseur.
CHARMONT, professeur de Droit civil (en congé).
MORIN, professeur de Droit civil.
DONNEDIEU DE VABRES, professeur de Droit
criminel.
BECQUÉ, professeur de Droit civil.
DE NESMES DESMARETS, professeur de Droit
administratif.
ROCHE-AGUSSOL, profes. d'Économie politique.
BASTID, chargé de cours de Droit constitutionnel.
DIJOL, chargé de cours de Procédure.
VINCENT, chargé de cours de Droit romain.
BOSC, chargé de cours de Droit civil.
SURET, chargé de cours d'Economie politique.
GUENOUN, chargé de cours de Droit romain.
VIALLETON, chargé de cours de Droit civil.
VIGIÉ et BRÉMOND, doyens honoraires.
LABORDE et CHAUSSE, professeurs honoraires.
ROCHETTE, secrétaire.

MEMBRES DU JURY

MM. MORIN, *président*.

BECQUÉ, professeur

VIALLETON, chargé de cours

} *Membres.*

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation
aux opinions émises dans les thèses : ces opinions doivent être
considérées comme propres à leurs auteurs.

A MONSIEUR GASTON MORIN
PROFESSEUR A LA FACULTÉ DE DROIT

G. MARCHAND.

LE DIVORCE ET LA SÉPARATION DE CORPS

DANS LE CODE CIVIL SUISSE

ETUDE CRITIQUE

INTRODUCTION

L'objet de l'étude qui va suivre est la législation actuelle de la Suisse en matière de divorce et de séparation de corps. Cette législation est une partie du nouveau Code civil, élaboré en 1907, et mis en vigueur en 1912. Mais la compréhension exacte de la forme que revêtent ces institutions, communes à un grand nombre de législations modernes, n'est possible que grâce à la connaissance du développement historique dont elles sont le couronnement, précisément dans le pays dont il s'agit.

Cette évolution est d'autant plus intéressante en Suisse, que nous y voyons l'unité naître peu à peu de la diversité. La pluralité des lois locales (1) tend à se coordonner en unité.

L'histoire de cette évolution doit, en raison des cir-

(1) Il faut entendre par lois locales, les lois cantonales, les diverses coutumes, rédigées ou non, qui s'occupaient de ces matières. Quelques-unes de ces lois sont de véritables codes qui embrassent l'ensemble de la législation civile ; les principaux sont : le Code civil du canton de Genève (Code civil français de 1804 plusieurs

constances, comprendre nécessairement deux périodes, de très inégale étendue d'ailleurs.

La constitution de 1848 (1) laissait encore aux cantons une autonomie complète en matière de législation civile.

Mais en 1874 (2) une révision de cette constitution modifia profondément l'état de choses antérieur, en accordant aux autorités fédérales des pouvoirs très étendus en certaines matières et notamment en matière de législation civile.

Et l'une des premières manifestations de cette évolution centralisatrice et unitaire fut le vote de la loi du 24 décembre 1874 concernant l'état civil, la tenue des registres et le mariage.

Cette loi, qui abroge implicitement toutes les dispositions des lois cantonales, aussi nombreuses que diverses dans leurs solutions, marque tout naturellement le terme d'une première période dans l'histoire du divorce et de la séparation de corps en Suisse. La deuxième période, qui commence avec cette loi, nous conduit au Code pro-

fois modifié) (1804) ; C. C. du canton de Vaud (1819) ; C. C. du canton de Berne (1824-30) ; C. C. du canton de Lucerne (1831-39) ; C. C. du canton de Fribourg (1834-49) ; C. C. du canton du Tessin (1837, révisé en 1873) ; C. C. du canton de Zurich (1854-56) ; C. C. du canton des Grisons (1862) ; C. C. du canton de Glaris (1869-74).

(1) Cette constitution de 1848 est celle qui a déterminé les bases sur lesquelles repose encore de nos jours le régime politique de la République helvétique ; elle a organisé pour la première fois d'une façon rationnelle le système représentatif des citoyens et des cantons, dont la personnalité était maintenue. Voyez à ce sujet Picavet : Une démocratie historique ; La Suisse. Paris, Flammarion, 1920. Liv. III, Chap. I, § 1.

(2) Voyez Picavet, *op. cit.*, Liv. III, Chap. I, § 4.

mulgué le 10 décembre 1907 et entré en vigueur le 1^{er} janvier 1912.

Cette introduction comprendra donc deux chapitres : dans un premier chapitre j'étudierai l'évolution des deux institutions — divorce et séparation de corps — telle qu'elle nous apparaît à travers les diverses lois cantonales jusqu'à la loi de 1874 ; dans un second chapitre j'étudierai la législation du divorce et de la séparation de corps telle qu'elle résultait de cette loi, les résultats qu'elle a donnés, les critiques qu'elle a soulevées et qui ont abouti à la législation, telle qu'elle nous apparaît dans le Code de 1912.

CHAPITRE PREMIER

LE DIVORCE ET LA SÉPARATION DE CORPS AVANT LA LOI DU 24 DÉCEMBRE 1874

L'histoire de la législation en matière de divorce et de séparation de corps en Suisse jusqu'en 1874 peut se diviser en 3 périodes : le Droit des coutumes germaniques qui régnèrent fort longtemps dans cette région, le Droit chrétien, enfin le Droit de la Réforme.

I. Les coutumes germaniques.

Les coutumes germaniques en général et les coutumes alémaniques en particulier connaissaient sans aucun doute le divorce par consentement mutuel ; mais, à côté de lui, existait aussi le divorce par la volonté d'un seul, sous la forme de répudiation de la femme par son mari. Mais on ne tarda pas à reconnaître à la femme le droit de quitter le domicile conjugal, malgré la volonté contraire de son mari.

Le droit de répudiation du mari n'était d'ailleurs pas absolu : les liens de la femme avec son ancienne famille

restaient, malgré le mariage, assez puissants pour la protéger contre une répudiation arbitraire ; et, si un mari voulait répudier sa femme, il devait invoquer de sérieux motifs : si la répudiation n'apparaissait pas aux yeux des parents de la femme comme suffisamment justifiée, ceux-ci étaient en droit de réclamer au mari le paiement d'une amende et d'exiger aussi de lui le serment qu'il n'avait aucune faute à lui reprocher. Les justes causes de répudiation étaient chez les Alamands le « vitium », c'est-à-dire l'infidélité de la femme, et chez les Burgondes, à côté de l'adultère, les attentats à la vie du mari, tels par exemple que la préparation d'un poison.

II. — Le Droit chrétien

L'Eglise chercha à réagir contre ce vieux droit germanique et parvint dès le IX^e siècle à faire adopter ses propres manières de voir : l'indissolubilité du mariage apparaît alors comme un dogme, la séparation des époux est considérée seulement comme un état de fait ; le mariage reste juridiquement et moralement indissoluble. Au reste, comme la législation du mariage était tout entière soumise à la direction de l'Eglise, le droit civil considérait lui aussi le mariage comme indissoluble. Les témoignages ne manquent pas, qui prouvent que ce principe de l'indissolubilité resta incontesté pendant tout le moyen âge ; et ces mêmes témoignages nous montrent aussi que, dans les régions correspondant à la Suisse actuelle, le divorce fut toujours rétabli par le droit civil, reprenant son empire sur la législation du mariage. Mais, dès cette époque, il arrivait parfois que les autorités civiles prissent une attitude contraire à celle de l'Eglise : c'est ainsi que l'on voit en divers endroits sui-

vre ce principe que, au cas de séparation de fait reposant sur une incompatibilité d'humeur entre les époux, l'autorité civile ne s'occupe pas de la dissolution du mariage et considère simplement celui-ci comme inexistant (1). Nous voyons d'ailleurs un peu plus tard les coutumes de Lucerne, Bâle et Zurich reconnaître le divorce comme une institution parfaitement valable à côté de la séparation de corps (Trennung von Tisch und Bett). Il ressort très clairement des dispositions de ces coutumes que l'autorité civile pouvait alors prononcer elle-même le divorce envisagé comme une institution purement civile: il en était ainsi notamment à Berne, au cas de prodigalité du mari ou encore de maladie incurable de l'un des époux (2).

III. — La Réforme

La Réforme fit subir de profonds changements à cette législation: dans les cantons qui adoptèrent la nouvelle religion, et pour partie dans les cantons mixtes, on établit le divorce qui fut alors prononcé par décision de l'église réformée cantonale. Et, même dans les cantons restés fidèles aux anciennes croyances, le principe de l'indissolubilité ne fut plus incontesté.

La nouvelle religion considérait d'ailleurs le mariage comme « une société formée pour le temps de la vie » qui pouvait se dissoudre pour des causes déterminées ;

(1) Voyez sur ce point Leuenberger : Studien über bernische Rechtsgeschichte (1873), p. 216, et les documents de l'année 1500 cités par lui.

(2) V. Segesser : Rechtsgeschichte der Stadt und Republik Luzern, t. II, p. 455 ; Bluntschli : Staats und Rechtsgeschichte der Stadt und Landschaft Zurich, t. I, p. 427.

la séparation fut conservée sous son ancienne forme de séparation « quoad mensam et thorum », telle qu'elle existait dans le droit canonique. Mais, à côté d'elle, apparut une nouvelle forme de séparation ayant pour conséquence une destruction complète du lien du mariage. Il y a d'ailleurs un intérêt certain à rechercher comment les causes sur lesquelles devait reposer une telle séparation, dans les cantons réformés, pénétrèrent peu à peu dans les autres.

Les premières coutumes réformées reconnaissaient, et cela conformément aux Evangiles, le divorce seulement pour cause d'adultère ; la législation de Genève resta fidèle dans la suite à cette conception étroite (1).

D'autres coutumes plus libérales admirèrent par la suite d'autres causes de divorce, notamment la folie incurable, la lèpre, les attentats à la vie. D'autres y ajoutèrent même l'impuissance et l'abandon malicieux (2).

Mais il y avait entre l'adultère et les autres causes de divorce une différence essentielle : si l'un des époux apportait la preuve de l'adultère de son conjoint, le tribunal devait immédiatement prononcer le divorce. Mais si l'époux faisait valoir devant le tribunal une des autres causes prévues par les coutumes, les juges étaient libres d'apprécier les faits comme ils l'entendaient et d'accueillir ou de rejeter la demande. Au cours des XVII^e

(1) V. Leuenberger, *op. cit.*, p. 218 ; Bluntschli, *op. cit.*, II, p. 139 ; Blumer : *Staats und Rechtsgeschichte der Schweizerischen Demokratie*, II, 2, p. 163 ; Flammer : *Le droit civil de Genève* (1875), p. 15 ; Martin : *Exposé de l'ancienne loi genevoise sur le mariage*, p. 69.

(2) V. Blumer, *op. cit.*, II, 2, p. 164 ; Leuenberger, *op. cit.*, p. 218.

et XVIII^e siècles, les règles relatives au divorce continuèrent à se développer dans le même sens ; puis, sous l'influence des idées nouvelles, les diverses législations cantonales firent un pas en avant et admirent finalement le divorce pour d'autres causes livrées à l'appréciation du juge. Cette « *clausula generalis* » s'introduisit d'abord dans le canton de Zurich, dont un règlement relatif au mariage, promulgué en 1525, autorise les époux à faire valoir comme cause de divorce, à côté de l'adultère, « des faits plus graves ou différents qu'une loi ne peut limitativement déterminer à cause de leur variété » (1). Et l'on admit même plus tard comme cause de divorce l'aversion réciproque et insupportable (2).

Dans les cantons réformés, au sujet de l'admission de ces causes de divorce et en particulier pour l'adultère, aucune différence n'existe entre l'homme et la femme, ni à propos de la demande en justice, ni à propos de l'attitude de la partie adverse motivant cette demande (3).

Quant à la procédure, il faut remarquer que, dans les cantons réformés, les demandes en divorce furent désormais portées devant une juridiction civile, instruites et jugées par elle ; mais, dans la composition de cette juridiction, l'élément ecclésiastique jouait cependant un rôle fort important (4). Les séparations amiables n'étaient jamais reconnues comme valables, pas même au cas de divorce pour cause péremptoire. Et la marche de la pro-

(1) Ehegerichtssatz, 1525 ; Bluntschli, *op. cit.*, II, p. 139.

(2) Bluntschli, *op. cit.*, II, p. 140.

(3) Flammer, *op. cit.*, p. 15.

(4) Hüber : System und Geschichte des Schweizerischen Privatrechts, t. IV, p. 344, note 16.

cédure était partout réglée de manière à faciliter autant que possible un changement favorable dans les sentiments des époux l'un à l'égard de l'autre et la reprise de la vie commune (1).

Les conséquences du divorce étaient partout les mêmes : il entraînait une rupture complète du lien conjugal, qui permettait aux deux époux un nouveau mariage. Cependant cette faculté ne leur était pas toujours reconnue ; on voit, en effet, certaines législations cantonales interdire, dans certains cas, un nouveau mariage à l'époux coupable, et cela en quelque sorte à titre de peine. On ne considère pas en effet l'ancien mariage comme subsistant encore à son égard, mais on estime que cet époux est incapable ou indigne de contracter un nouveau mariage, aussi longtemps du moins que vivra son ancien conjoint. Cette prohibition existait d'ailleurs, surtout au cas de divorce à la suite d'adultère. Mais elle fut plus tard fort adoucie et cela de deux manières : ou bien, en effet, certaines coutumes autorisèrent le tribunal à accorder dans quelques cas particuliers une dispense à l'époux coupable qui voulait se remarier, ou bien encore le tribunal fut autorisé à ne faire cette défense que pour un temps déterminé (2).

Mais on maintint toujours et partout la prohibition du mariage de l'époux coupable avec son complice (3).

Le divorce, que les législations des cantons réformés admirent et développèrent, prit la place de la Trennung

(1) Voyez les coutumes de Zurich, Appenzell, Berne.

(2) Calame : Droit privé d'après la coutume de Neuchâtel, 1858, p. 343.

(3) Leuenberger, *op. cit.*, p. 219.

von Tisch und Bett (1) : c'était comme elle une mesure définitive, mais avec des conséquences plus radicales. On rencontre cependant aussi, dans les législations des cantons réformés, une séparation de corps spéciale : en effet, dans les sentences d'un tribunal civil bernois du XVI^e siècle et déjà même dans des sentences du XV^e siècle de ce même tribunal, se trouve une séparation de corps et de biens conçue de manière à protéger les biens de la femme contre la toute-puissance du mari, ou encore à protéger la personne même de la femme contre les maladies passagères du mari, ou réciproquement la personne du mari contre les maladies passagères de la femme. On peut qualifier cette séparation de « suspension du mariage » puisque, si les causes qui l'avaient motivée venaient à disparaître, le mariage était rétabli par décision de justice (2).

On ne s'en tint pas là, cependant : on institua, en effet, bientôt une séparation judiciaire d'une espèce particulière que l'on considérait comme un moyen d'épreuve pour les époux. Le tribunal prononçait cette séparation pour un temps variable, de 6 à 12 mois, exceptionnellement pour 18 mois : après l'expiration de ce délai, devait intervenir soit la séparation définitive des époux, soit leur réconciliation.

Cependant certaines législations des cantons réformés n'envisagèrent pas cette séparation comme un délai d'attente (comme elle le devint dans la loi fédérale de 1874), mais bien comme une institution particulière de caractère nettement défini, admise pour des causes dé-

(1) Séparation de table et de lit.

(2) Leuenberger, *op. cit.*, p. 216 ; Calame, *op. cit.*, p. 347.

terminées, par exemple lorsque apparaissait quelque dissentiment entre les époux. Il en était ainsi à Berne et à Bâle où une telle séparation pouvait intervenir en cas d'hostilité des époux l'un envers l'autre, de brutalité et de maladie incurable.

De cette évolution, il ressort que la conception législative réformée de la dissolution du mariage s'est éloignée progressivement et de plus en plus de la conception catholique, de telle sorte qu'au commencement du XIX^e siècle, deux conceptions très différentes en cette matière se partageaient les lois de la Confédération.

Des inconvénients de toute espèce, surtout dans les cantons mixtes, résultaient de cette situation : il n'y a donc pas lieu de s'étonner si les mêmes personnes qui voulaient voir les juridictions civiles prononcer la dissolution du mariage réclamèrent en même temps l'établissement d'un régime civil et unique de dissolution du mariage.

Après la sécularisation du mariage et l'exclusion de toute intervention des prêtres dans les demandes et les actions en justice, on parvint à établir une législation du divorce purement civile. Mais ce résultat ne fut pas atteint en même temps dans tous les cantons. Les cantons catholiques persistèrent encore longtemps à n'admettre comme modalité de dissolution du mariage que la séparation de corps et seulement pour des causes déterminées par la législation canonique.

Les premiers pas dans la laïcisation de la législation du divorce furent faits dans trois cantons à religion mixte : ceux d'Argovie, Thurgovie et Soleure (1). Une

(1) Respectivement en 1828, 1841, 1849.

loi civile vint en effet dans chacun d'eux déterminer d'une manière précise les causes de divorce et de séparation de corps. L'on reconnaissait d'ailleurs aux ressortissants de chacune des confessions religieuses le droit de demander soit le divorce, soit la séparation de corps.

Une loi semblable fut promulguée dans le canton du Tessin, en 1837.

Cependant la Confédération recherchait le moyen d'introduire partout la possibilité du divorce pour les époux de religion différente.

Tel fut l'objet de la loi fédérale (1) du 3 février 1862 : cette loi décidait que le Tribunal fédéral (2) pouvait prononcer le divorce d'époux appartenant à des cantons dont la législation n'admettait pas le divorce. On trouve dans cette loi, comme dans une loi du canton de Thurgovie de l'année 1860, le divorce très facilité par l'adoption d'une disposition conférant au juge le pouvoir de prononcer le divorce, si la vie commune n'apparaît plus comme possible dans les conditions ordinaires du mariage (3). Les dispositions spéciales de cette loi relatives au divorce d'époux de religion différente furent étendues à tous les divorces par la loi fédérale du 24 décembre 1874, à l'étude de laquelle est consacré le chapitre suivant.

(1) Il faut entendre par « lois fédérales » les lois votées en vertu de la Constitution de 1848 par les deux Chambres établies par cette Constitution : ces lois s'appliquent à toute l'étendue du territoire suisse, par opposition aux lois cantonales qui ne s'appliquent qu'au territoire des cantons et qui sont votées par le pouvoir législatif du canton : Grand Conseil, Conseil cantonal dans certains cantons ; ensemble des citoyens électeurs dans d'autres cantons.

(2) Voyez, pour l'organisation, la compétence et le rôle du Tribunal fédéral, ci-dessous, 1^{re} Partie, Chap. II.

(3) Loi de 1862, article 3.

CHAPITRE II

LA LOI FÉDÉRALE DU 24 DÉCEMBRE 1874 ET SES RÉSULTATS (1)

La loi fédérale du 24 décembre 1874 (2) concernant l'état civil, la tenue des registres qui s'y rapportent et le mariage, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1876, établit, dans ses articles 45, 46 et 47, les causes pour lesquelles le divorce peut être demandé. Elle donne, dans ses articles 43 et 44, quelques indications sommaires sur la manière dont l'instance doit être introduite et sur les mesures qui doivent être prises par le tribunal pour la

(1) Voyez le texte de cette loi dans l'Annuaire de législation étrangère, année 1875, p. 717.

(2) L'étude de cette loi, qui trouve tout naturellement sa place dans cette Introduction, est faite au point de vue historique et non au point de vue d'une critique juridique : cette étude a pour but de marquer une étape de l'évolution qui a conduit à l'élaboration du C. C. de 1912, et cette étape est tout à fait remarquable par ce fait qu'elle est en somme la première manifestation de l'unitarisme législatif en matière de droit privé, dont le Code civil de 1912 est la manifestation la plus récente, qui ne sera sans doute pas la dernière.

durée de l'instance. Elle indique, dans son article 48, quelques conséquences particulières du jugement de divorce, quand celui-ci est prononcé pour causes déterminées. Mais la réglementation des effets généraux du divorce est abandonnée aux autorités législatives cantonales.

L'article 47 de la loi contient une disposition relative à la séparation de corps : cette séparation de corps présente des caractères particuliers qu'il nous faudra examiner.

Nous étudierons donc dans une première section de ce chapitre le divorce, et dans une deuxième section la séparation de corps, tels qu'ils résultent de la loi du 24 décembre 1874 ; dans une troisième section enfin nous verrons les résultats de la loi, les critiques que son application a suscitées, les désirs de réforme qui se sont manifestés et dont on a tenu compte dans l'élaboration du Code civil de 1912.

SECTION I

Du divorce

Nous étudierons tout d'abord les causes du divorce, puis la procédure, enfin les effets du divorce.

§ 1. Causes du divorce

Il y a dans la loi de 1874 deux espèces de causes de divorce : les causes déterminées, les causes indéterminées (1).

(1) Ces causes déterminées se retrouvent toutes cinq dans le

A. — Causes déterminées

Que faut-il entendre par causes déterminées ?

Ce sont les faits que le législateur énumère et qui, s'ils sont établis, permettent de prononcer le divorce. Mais la loi de 1874 ne laisse au juge, en cette matière, aucune liberté d'appréciation ; elle dispose, en effet, dans son article 46 : « Sur la demande d'un des époux le divorce *doit* être prononcé », et elle énumère ensuite les causes pour lesquelles le divorce doit être prononcé.

Ces causes déterminées sont au nombre de cinq : l'adultère ; l'attentat à la vie, les sévices ou injures graves ; la condamnation à une peine infamante ; l'abandon malicieux ; l'aliénation mentale.

a) *L'adultère* (article 46, lettre A). — Le divorce peut être demandé par le mari pour cause d'adultère de sa femme et par la femme pour cause d'adultère de son mari. Mais l'article 46 apporte une restriction importante à cette faculté : il faut, en effet, qu'il ne se soit pas écoulé plus de six mois depuis que l'époux offensé a eu connaissance de l'adultère.

Le législateur présume qu'en ne se plaignant pas plus tôt de l'infidélité dont il a été victime, l'époux demandeur a pardonné à son conjoint coupable ou qu'il est intervenu une réconciliation entre eux. Lorsque le fait invoqué remonte à plus de six mois, le demandeur devra prou-

C. C. de 1912. De là l'intérêt qu'il y a à les étudier avec quelques détails telles qu'elles étaient établies par la loi du 24 décembre 1874.

ver qu'il n'en a eu connaissance que depuis moins de six mois.

b) *Attentat à la vie, sévices ou injures graves* (art. 46, lettre B). — L'article 231 du Code civil français se sert du mot excès ; l'expression d'*attentat à la vie* est plus précise ; c'est le maximum des sévices. Il faut entendre par *sévices* (schwere Misshandlungen) de mauvais traitements vraiment graves. D'après un arrêt du Tribunal fédéral (1), une scène unique de mauvais traitements même graves ne doit pas suffire pour faire prononcer le divorce ; mais il en est autrement si ce fait s'est répété plusieurs fois. Il faut entendre par *injure grave*, une injure assez grave pour pouvoir être assimilée, au point de vue de l'atteinte portée au lien conjugal, aux autres causes de divorce énoncées dans l'article 46, lettre B, c'est-à-dire à l'attentat à la vie et aux sévices. Le caractère essentiel de l'injure grave est de rendre impossible la vie commune. Mais, dans l'appréciation des termes que l'on peut qualifier d'injures, il faudra tenir compte du milieu dans lequel vivent les époux et de leur éducation (2).

c) *Condamnation à une peine infamante* (art. 46, lettre C). — Etant donné qu'il n'y a pas de législation pénale commune à toute la Suisse, la notion de peine infamante peut être différente suivant les cantons. Mais le Tribunal fédéral (3) a donné, de la peine infamante, la définition

(1) Arrêt du 15 juin 1877. Rec. off., III, 384.

(2) Voyez arrêts du Tribunal fédéral : 20 décembre 1884, R. O., 10, 542 ; 18 octobre 1889, R. O., 15, 756 ; 19 septembre 1895, R. O., 21, 760.

(3) Arrêt du 9 septembre 1881, R. O., 7, 543.

suivante : « Il y a lieu de considérer comme peine infamante, non point toute peine impliquant un amoindrissement de l'exercice des droits civiques, mais seulement celle qui emporte la privation totale, ne fût-elle que temporaire, de ces droits, prononcée concurremment avec une des peines privatives de la liberté, qui sont applicables à la répression d'un délit déshonorant. »

L'élément essentiel est donc le délit déshonorant frappé d'une peine privative de la liberté, accompagnée elle-même de la privation totale des droits civiques. Il résulte de cette définition que les juges ont un certain pouvoir d'appréciation, surtout en ce qui concerne le caractère déshonorant du délit.

d) *L'abandon malicieux* (art. 46 lettre D). — Qu'est-ce que l'abandon malicieux? C'est le fait de quitter sans motif sérieux le domicile conjugal et le refus d'y rentrer. Aux termes de l'article 46, lettre D, cet abandon doit durer depuis deux ans au moins, et, pour constater le fait, l'époux abandonné doit sommer judiciairement son conjoint de réintégrer le domicile conjugal en lui fixant un délai de six mois. Si cette sommation est restée sans effet, le divorce peut être demandé; mais, avant de l'accorder, le juge peut et doit apprécier les circonstances. Il doit examiner si réellement l'abandon a été malicieux, c'est-à-dire si l'éloignement du conjoint ne se justifie pas par des motifs sérieux (1).

e) *L'aliénation mentale* (art. 46, lettre E). — C'est une cause de divorce, lorsqu'elle dure depuis trois ans et qu'elle est déclarée incurable.

(1) Tribunal fédéral, 6 octobre 1883, R. O., 9, 545.

Cette cause diffère de toutes les autres en ce sens que nous ne sommes plus en présence d'actes coupables commis par l'un des époux. Ici, ce n'est plus une faute qui entraîne le divorce, c'est un malheur, et, à raison de ce caractère, cette cause doit être entendue restrictive-ment ; l'union conjugale ne doit pas être brisée, même par la maladie incurable de l'un des époux, en dehors du cas d'aliénation mentale (1).

B. — Causes indéterminées

Nous avons ici deux séries de cas à examiner :

1° Les cas où le divorce peut être prononcé à la demande de l'un des époux, lors même qu'il n'invoque pas une cause déterminée et prévue par la loi ;

2° Les cas où les deux époux sont demandeurs en divorce.

1° C'est l'article 47 qui prévoit ce cas : « Si, dit-il, il n'existe aucune de ces causes de divorce (lisez : aucune cause déterminée) et si, cependant, il résulte des circonstances que le lien conjugal est profondément atteint, le tribunal peut prononcer le divorce ou la séparation de corps. »

Les expressions extrêmement vagues dont s'est servi le législateur dans la rédaction de cet article ouvrent la porte à l'arbitraire le plus absolu des juges, qui restent entièrement libres d'apprécier quand le lien conjugal est profondément atteint.

Aussi le Tribunal fédéral s'est-il efforcé de remédier autant que possible aux inconvénients de la rédaction peu précise de l'article 47. Il a tout d'abord suppléé à une

(1) Arrêt du 22 avril 1882, R. O., VIII, 337.

omission de la loi assez peu justifiable ; il a, dans une jurisprudence constante, dénié à l'époux qui a, par son fait, causé uniquement ou principalement la rupture du lien conjugal, le droit d'invoquer ce fait comme motif de divorce (1).

Puis le même Tribunal a précisé ce qu'il faut entendre par l'atteinte profonde portée au lien conjugal (2). L'article 17 doit être appliqué lorsque, par suite des écarts et de la conduite intolérable de l'époux défendeur, la situation est devenue telle que la vie commune des époux n'est plus possible définitivement ou même temporairement.

2° L'article 45 décide que le tribunal, lorsque les deux époux sont demandeurs en divorce, prononcé le divorce « s'il résulte des circonstances de la cause que la continuation de la vie commune est incompatible avec la nature du mariage ».

La forme excessivement vague de cette rédaction a donné lieu à de nombreux abus. Pour y remédier, le Tribunal fédéral a donné de cet article une interprétation aussi stricte que possible : il ne suffit pas, dit-il, que les deux époux demandent le divorce pour qu'il puisse être prononcé ; il faut que le tribunal se soit convaincu, après un examen sérieux des faits de la cause, que la vie commune est devenue pour les époux un mal insupportable, un fardeau intolérable (3).

Telles sont les différentes causes de divorce établies

(1) Arrêts : 11 avril 1876, R. O., 2, 273 ; 2 décembre 1876, R. O., 2, 500 ; 22 mai 1877, R. O., 3, 378.

(2) Arrêt du 26 janvier 1884, R. O., 10, 105.

(3) Arrêts : 21 février 1879, R. O., 5, 97 ; 1^{er} mars 1879, R. O., 5, 98 ; 16 février 1889, R. O., 15, 256.

par la loi du 24 décembre 1874. Nous les retrouverons dans le Code civil de 1912, à peu près telles quelles, et nous aurons alors à les examiner plus en détail.

§ 2. Procédure du divorce

Une question préliminaire se pose ici : devant quel tribunal doit être portée la demande en divorce ? Cette question est sommairement résolue par la loi de 1874, dans son article 43. Cet article dispose que l'action doit être portée devant le tribunal du domicile du mari. Et il faut entendre ici par domicile le lieu où le mari a fixé son séjour d'une manière durable, où il a établi le centre de ses affaires (1).

Cette disposition relative au domicile est considérée comme d'ordre public ; en conséquence, le jugement rendu par le tribunal du domicile du mari est obligatoire d'une manière absolue, en particulier vis-à-vis du canton d'origine des époux (2).

Quelles sont les personnes qui peuvent intenter une action en divorce ? La question n'est pas résolue par la loi du 24 décembre 1874. Et le Tribunal fédéral en a tiré cette conclusion que l'exercice de ce droit dépend uniquement de la volonté de l'époux intéressé et non de celle de son représentant légal, lors même qu'il serait en tutelle, pourvu toutefois qu'il soit capable d'avoir une volonté (3).

Le droit de demander le divorce est un droit purement

(1) Arrêt du Tribunal fédéral, 21 décembre 1883, R. O., 9, 461.

(2) Arrêt du 19 mai 1877, R. O., 3, 250.

(3) Arrêt du 4 mai 1884, R. O., 9, 162.

personnel ; on peut dire que le droit de faire prononcer la dissolution du mariage est garanti de la manière la plus étendue.

Qui ordonnera les mesures provisoires nécessaires en faveur de la femme et des enfants pendant la durée de l'instance ? C'est le tribunal compétent pour connaître de l'action en divorce. Ces diverses mesures, la loi de 1874 ne les énumère pas ; ce sont les législations cantonales qui les déterminent. Il en est de même des règles de la procédure proprement dite ; et, comme les diverses législations cantonales sont encore aujourd'hui en vigueur sur ce point, c'est dans la première partie de notre étude que nous en entreprendrons l'examen.

§ 3. Des effets du divorce

Le divorce produit la dissolution du mariage ; les époux sont libres de se remarier ; rien n'empêche même qu'ils contractent ensemble une nouvelle union. Cependant ce droit de contracter un nouveau mariage n'est pas absolu. L'art. 18 de la loi du 24 décembre 1874 le restreint à l'encontre de l'époux contre lequel le divorce a été prononcé pour cause déterminée ; un délai d'une année doit s'être écoulé depuis que le divorce est devenu définitif, avant que l'époux coupable puisse se remarier.

Cette interdiction de contracter un nouveau mariage peut être étendue à trois ans au plus, par le jugement du tribunal ; il faut que le tribunal le dise expressément ; en cas de silence, l'interdiction se trouve limitée à une année.

Mais ce n'est pas là le seul effet du divorce ; il en produit d'autres d'une bien plus grande importance ;

l'article 49 les mentionne; ils sont relatifs : 1° à la personne des époux; 2° à leurs biens; 3° à l'éducation et à l'entretien des enfants; 4° aux indemnités à la charge de l'époux coupable.

L'article 49, alinéa 2, exige que le tribunal prononce sur ces questions d'office ou à la demande des parties, en même temps que sur la demande en divorce.

D'après quelle législation doivent être réglées les questions relatives à ces effets du divorce?

L'article 49, alinéa 1, répond que c'est d'après la législation du canton à la juridiction duquel le mari est soumis : en effet, les conséquences du divorce sont relatives à des matières qui ne rentrent pas dans la compétence fédérale, la puissance paternelle, le régime matrimonial, etc. Quelles sont donc ces conséquences?

1° Quant à la personne des époux : avec la dissolution complète du mariage, le mari perd tout pouvoir sur la femme; celle-ci devient complètement indépendante; elle acquiert un domicile propre; elle conserve le droit de bourgeoisie de son mari; elle conserve également, dans certains cantons, le nom de son mari, mais elle le perd dans d'autres; le canton de Nidwald, plus libéral, laisse à la femme divorcée le choix entre les deux noms.

Dans la plupart des législations cantonales (1) les deux époux perdent à la suite du divorce tout droit de succession l'un vis-à-vis de l'autre et leur contrat de mariage ne produit plus entre eux aucun effet; il en est ainsi à Zurich, Lucerne, Soleure, Bâle-Ville, Appenzell. Dans d'autres législations, au contraire, les avantages

(1) Voyez sur cette question : Hüber, *op. cit.*, t. I, p. 204 et ss.

résultant de son contrat de mariage subsistent au profit de l'époux innocent (1).

2° Quant aux biens, l'effet normal du divorce est une séparation complète des biens de l'homme et de la femme. La femme reprend ses biens propres, qui étaient confiés à l'administration du mari. Les législations des divers cantons posent d'ailleurs, en cette matière, des règles assez différentes. Je citerai, à titre d'exemple, la législation du canton d'Appenzell (Rhodes-Extérieures) qui dispose que la femme divorcée doit être autorisée à réclamer immédiatement les biens qui lui appartiennent, mais déclare aussi que des délais peuvent être accordés, moyennant garantie, lorsque les biens de la femme sont dans une situation telle que leur restitution immédiate causerait un grand dommage au mari ; ce sera, par exemple, le cas si les capitaux de la femme sont engagés dans une industrie. Une remarque essentielle doit d'ailleurs être faite ici : c'est que les tribunaux n'ont en général à se prononcer en cette matière que si les époux ne se sont pas entendus directement ; toutefois, si un accord amiable est intervenu entre eux, ils doivent soumettre cet accord au tribunal aux fins d'homologation.

3° Les législations cantonales règlent avec un grand luxe de détails le sort des enfants, à la suite du divorce. Elles indiquent auquel des époux ils doivent être confiés, auquel des époux en incombera l'entretien, à qui sera confiée leur éducation, la manière dont s'exercera sur eux la puissance paternelle, celui des parents auquel appartiendra l'usufruit de leurs biens. C'est ainsi que le Code civil de Zurich dispose, dans ses articles 223 à

(1) Il en est ainsi dans les législations du groupe se rattachant au C. C. français et à Bâle-Campagne.

227, que les enfants doivent être confiés à la mère jusqu'à l'âge de cinq ans ; le tribunal fixe la somme que le père devra verser à la mère à titre de contribution aux frais d'entretien des enfants. Après l'accomplissement de leur cinquième année, les enfants doivent être remis au père ; la mère peut se voir obligée, si le père n'a pas des ressources suffisantes, à lui verser une somme annuelle à titre de contribution à l'entretien des enfants.

4° Enfin la question de l'indemnité due par l'époux coupable à l'époux innocent est réglée d'une manière différente par les diverses législations cantonales ; l'indemnité consiste tantôt en un capital, tantôt en une rente ; elle est plus ou moins élevée suivant la fortune de l'époux coupable, au moment du divorce ; elle pourra être augmentée s'il advient plus tard une succession à cet époux et si ses moyens pécuniaires se trouvent par suite accrus. Dans certaines législations, par exemple dans celle de Soleure, l'indemnité est proportionnée à la fois à la fortune de l'époux coupable et à son degré de culpabilité. Et si le divorce a été prononcé pour une cause indépendante de la volonté, par exemple pour aliénation mentale, la partie bien portante qui obtient le divorce pourra être condamnée à participer aux frais d'entretien de son ex-conjoint dans la mesure de ses moyens, si les ressources de ce dernier ne sont pas suffisantes pour lui assurer une existence convenable (1).

(1) Hüber, *op. cit.*, t. 1, p. 219 et ss.

SECTION II

De la séparation de corps

La séparation a été, nous l'avons vu, admise par l'Eglise catholique comme un moyen de faire cesser une vie commune devenue impossible, sans rompre toutefois le lien conjugal considéré comme indissoluble. Les inconvénients que peut présenter cette institution ont conduit le législateur suisse à supprimer la séparation de corps, en tant que mesure définitive. Mais la loi du 24 décembre 1874 admet la séparation de corps pour une durée déterminée.

Cette séparation présente les caractères suivants :

1° Elle ne peut être prononcée que dans le cas prévu par l'article 47, c'est-à-dire lorsqu'il n'existe aucune des causes déterminées de divorce, mais qu'il résulte des circonstances de la cause que le lien conjugal est profondément atteint.

2° La séparation de corps ne peut pas être demandée par des conclusions principales, même dans le cas prévu par l'article 17. Le Tribunal fédéral n'admet pas, en effet, que l'époux demandeur conclue principalement à la séparation de corps. Il doit conclure au divorce et c'est au tribunal qu'il appartient de choisir entre les deux solutions que lui indique l'article 47 : le divorce ou la séparation de corps.

3° La séparation de corps n'est qu'un état provisoire qui doit aboutir soit à la réconciliation, soit à la rupture définitive du lien conjugal. Cet état provisoire ne peut pas durer plus de deux ans : le terme de deux ans est un

maximum que les tribunaux ne peuvent dépasser (1). Mais ils sont autorisés à fixer un délai moindre. Pendant ce délai, aucune demande en divorce fondée sur ce motif que le lien-conjugal est profondément atteint ne peut être renouvelée ; mais l'un des époux peut demander le divorce en se fondant sur des faits nouveaux, s'ils constituent une cause déterminée de divorce.

La séparation de corps, n'étant qu'un état provisoire qui suppose la possibilité d'une réconciliation des époux, ne doit être prononcée que lorsque les circonstances permettent d'espérer une telle réconciliation. Quand il est démontré d'avance que tout espoir semblable doit être écarté, il ne peut être question de séparation de corps.

Si, pendant le délai de deux ans, il n'y a pas réconciliation entre les époux, la demande en divorce peut être renouvelée et le tribunal prononce alors librement d'après sa conviction(2).

Quant aux effets de la séparation de corps, ils sont dans une certaine mesure identiques à ceux du divorce et comme eux réglés par le droit cantonal (3). Il en est ainsi notamment en ce qui concerne l'indemnité que la partie coupable doit verser à la partie innocente ou encore en ce qui concerne la garde des enfants. Mais il faut remarquer que le mari perd son autorité sur la femme séparée, alors que la femme ne perd ni le droit de bourgeoisie, ni le nom du mari.

Quant aux biens (4), le juge ne doit prendre que les mesures absolument nécessaires réclamées par les cir-

(1) Arrêt du Tribunal fédéral, 15 juin 1877, R. O., 3, 373.

(2) Art. 47 de la loi du 24 décembre 1874.

(3) Art. 49 de la loi du 24 décembre 1874.

(4) Hüber, *op. cit.*, t. I, p. 226 et ss.

constances. Le mari demeure en conséquence à la tête de l'administration des biens du ménage, mais il doit pourvoir à l'entretien de la femme et même, suivant les circonstances, donner satisfaction aux demandes de la femme relatives à une contribution alimentaire ou à sa dot. Seules quelques législations font produire à la séparation de corps des conséquences plus importantes : ainsi les législations des cantons d'Uri, Schwyz, Obwald, Nidwald, Zug, Glaris, Soleure, Bâle-Ville, Appenzell (Rhodes-Intérieures) donnent toujours un tuteur à la femme séparée, et les législations des cantons de St-Gall et des Grisons attribuent au juge le pouvoir de décider si la femme aura ou n'aura pas de tuteur.

Certaines législations cantonales (Lucerne, Obwald, Fribourg, Vaud, Valais, Neuchâtel) font au contraire toujours coïncider la séparation de biens avec la séparation de corps. Les législations des cantons de St-Gall et des Grisons laissent en cette matière une complète liberté d'appréciation au juge.

SECTION III

Résultats. Critiques. Projets de réforme

Le résultat de la loi du 24 décembre 1874 fut une augmentation très considérable du nombre des divorces. Ce nombre passe, en effet, de 856 en 1880, pour 19.413 mariages célébrés, à 880 en 1890, pour 20.836 mariages ; à 1.025 en 1900, pour 25.538 mariages ; à 1.527 en 1910, pour 27.341 mariages (1).

(1) Voyez pour les détails le tableau n° 1 (Divorces et séparations de corps en Suisse de 1876 à 1918).

Ce développement, peu sensible dans les cantons catholiques, l'est au contraire beaucoup dans les cantons protestants ; il l'est surtout dans les cantons mixtes ; aussi n'est-il pas étonnant que la loi de 1874 ait soulevé de nombreuses critiques. On s'est élevé surtout contre le libéralisme excessif de cette loi : les articles 45 et 47 étaient particulièrement visés par les critiques ; on leur reprochait à la fois leur manque de clarté et la difficulté de distinguer les deux hypothèses qu'ils visaient. Ces difficultés étaient surtout nuisibles dans la pratique et le Tribunal fédéral se trouvait souvent bien embarrassé pour juger les espèces qui lui étaient soumises (1).

Dès le 21 mars 1885, une proposition de loi était déposée par deux membres du Conseil des Etats, MM. Morian et Schmid, qui réclamaient d'importantes modifications à la loi de 1874. Ils proposaient notamment d'admettre la séparation de corps pour causes déterminées et aussi d'admettre une action principale en séparation de corps.

Une autre proposition de modification fut déposée la même année au Conseil National par le groupe des députés des Eglises réformées évangéliques : on visait surtout dans cette proposition les articles 45 et 47 de la loi de 1874 ; on critiquait la trop grande liberté d'appréciation qu'ils laissaient au juge, liberté que l'on considérait comme essentiellement contraire à la nature du mariage.

A la suite de cette proposition, le Conseil National chargeait, le 5 novembre 1885, les professeurs König et

(1) Held, *op. cit.*, p. 60.

Mentha d'un rapport sur les modifications dont la loi de 1874 paraissait susceptible. Ces rapports voyaient le jour dès l'année suivante.

Les deux rapporteurs se trouvaient d'accord pour proposer la suppression pure et simple de l'article 45. Mais l'un considérait la rédaction des articles 45 et 47 comme suffisante (1), tandis que l'autre demandait une plus grande précision dans la rédaction de l'article 47 : « Des hypothèses doivent être établies, disait-il, dans les limites desquelles l'existence réelle d'un tel dissentiment (entre époux) pourra être établi en justice (2). » Les deux rapporteurs étaient également d'accord pour demander que l'on établît la possibilité pour le juge de prononcer la séparation de corps, quel que fût le motif de la demande en divorce, et qu'il fût permis aux époux d'introduire une demande principale en séparation.

D'autres juristes désiraient voir rendre le divorce plus difficile, soit par la suppression des articles 45 et 47, soit par la suppression de l'article 45 et une rédaction plus précise de l'article 47. Un autre auteur, très libéral celui-là, proposait au contraire l'introduction du divorce par consentement mutuel (3).

Mais tous ces projets de modifications perdirent tout intérêt du moment où l'on commença à sentir la nécessité d'élaborer un Code civil uniforme pour toute la Suisse. Dès le mois de novembre 1900, un avant-projet

(1) Mentha : Mémoire relatif à la révision de la loi fédérale sur l'état civil, le mariage et le divorce (Neuchâtel, 1888).

(2) König : Abänderung einiger Bestimmungen des Bundesgesetzes vom 24 dez. 74, betreffend die Ehescheidung (Bern, 1888).

(3) V. Held : Der generelle Ehescheidungsgrund im deutschen und schweizerischen Recht, § 25.

était publié par les soins du Département fédéral de Justice et Police. On retrouvait dans ce projet les causes déterminées de divorce de la loi du 24 décembre 1874 (1); mais les articles de cette loi étaient remplacés par un article unique, ainsi rédigé : « Le divorce peut être demandé par les deux époux, lorsque le lien conjugal est si profondément atteint que la vie commune est devenue insupportable. L'action pourra être intentée par un seul des époux si la désunion est surtout imputable à l'autre (2). » La rédaction de cet article unique fut naturellement l'objet de vives critiques, généralement en ce sens que cette rédaction apparaissait comme trop libérale. On voulait y introduire, à l'instar du Code civil allemand, la notion de « faute » qui n'y apparaissait pas (3).

Malgré toutes ces critiques, le texte de l'article 149 du projet du Conseil fédéral, qui correspond à l'article 164 de l'avant-projet, reproduisait à peu près textuellement ses termes. Sans doute les mêmes critiques se firent jour à l'égard de cet article dans le sein du Conseil National et du Conseil des Etats, quand le projet leur fut soumis. On proposa surtout d'introduire dans l'article 149 la notion de « faute » qui ne s'y trouvait pas. Mais le texte proposé fut maintenu par les deux assemblées, sans modification essentielle (4).

Mais cette synthèse en une formule unique de deux articles de la loi de 1874 n'est pas le seul changement

(1) Avant-projet du Département fédéral de Justice et Police du 12 novembre 1900, art. 159 à 163.

(2) Id., art. 164.

(3) Held, *op. cit.*, § 26.

(4) Le texte définitif ne contient en effet aucune différence essentielle de rédaction et son sens est absolument le même.

apporté par le Code civil suisse de 1912 à la législation du divorce et de la séparation de corps.

D'autres modifications ont porté d'abord sur les causes déterminées qui, sans doute, sont restées les mêmes, mais ont été rédigées avec plus de soin, ce qui a permis de trancher plus d'une controverse; puis, tandis que la loi de 1874 ne permettait au juge de prononcer la séparation de corps que dans le cas de l'article 47, et seulement une séparation de corps temporaire, le nouveau Code civil autorise les conjoints qui, pour des motifs religieux ou dans l'intérêt de leurs enfants, préfèrent ne pas rompre complètement le lien de leur mariage, à demander une séparation de corps définitive, alors que l'ancien droit ne laissait aux époux, après l'essai de séparation temporaire, que cette alternative, le divorce ou la reprise de la vie conjugale.

La condition de la femme divorcée, la fixation des indemnités dues par l'époux coupable à l'époux innocent, la liquidation du régime matrimonial, les droits et les devoirs des époux divorcés envers leurs enfants, tout ce qui constitue les effets civils du divorce se trouve maintenant régi par des dispositions très complètes, qui remplacent avantageusement les dispositions si variées de l'ancien droit cantonal.

Enfin, l'article 158 du nouveau Code, en déterminant sur quelques points essentiels la procédure en matière de divorce, assure une application plus rationnelle, plus uniforme et plus sûre de la législation nouvelle.

Le plan de l'étude qui fait l'objet de ce travail sera donc le suivant :

Dans une première partie, je tracerai un tableau d'en-

semble de la législation suisse en matière de divorce et de séparation de corps, telle qu'elle nous apparaît dans le Code civil de 1912 (1). Cette première partie comportera quatre chapitres :

Le premier sera consacré à l'étude des causes du divorce.

Dans le deuxième, j'étudierai la procédure du divorce; mais, cette matière, étant encore régie dans sa plus grande partie par le droit cantonal, j'examinerai seulement, à titre d'exemple, les règles de procédure posées par deux législations cantonales qui m'ont paru plus particulièrement intéressantes, celles des cantons de Genève (Loi du 13 octobre 1920) et de St-Gall (Lois des 31 mai 1900 et 16 mai 1911).

L'étude des effets du divorce quant à la personne des époux, à leurs biens, à leurs enfants, à l'indemnité qui peut être due par l'époux coupable à l'époux innocent, fera l'objet d'un troisième chapitre.

Dans un quatrième chapitre, enfin, seront étudiées les causes, la procédure et les effets de la séparation de corps.

La deuxième partie de ce travail sera consacrée à l'appréciation critique des dispositions législatives étudiées dans la première partie.

(1) Ce Code, le plus récent des codes modernes, comprend 977 articles et des annexes. Il a été promulgué le 10 décembre 1907, pour entrer en vigueur le 1^{er} janvier 1912. Le divorce et la séparation de corps font l'objet du Titre IV du Livre II, articles 137 à 158.

PREMIÈRE PARTIE

EXPOSÉ DE LA LÉGISLATION SUISSE EN MATIÈRE DE DIVORCE ET DE SÉPARATION DE CORPS

CHAPITRE PREMIER

CAUSES DU DIVORCE

La question des causes du divorce est une des plus importantes de la matière qui fait l'objet de cette étude. C'est en effet à ce sujet que se sont élevées et que s'élèveront encore les discussions les plus vives et les controverses les plus âpres. La conception de chacune des législations européennes nous apparaît différente et il n'est sans doute pas deux pays où les causes du divorce soient identiquement les mêmes.

C'est l'étude des solutions apportées en cette matière par le Code civil suisse de 1912 qui fera l'objet de ce chapitre.

Ce code a, d'ailleurs, reproduit en grande partie les

dispositions de la loi du 24 décembre 1874, que nous avons étudiée plus haut, en les modifiant cependant assez profondément dans la forme et dans le fond, notamment en ce qui concerne les causes indéterminées de divorce.

Nous consacrons la première section de ce chapitre à l'étude des causes déterminées de divorce, la deuxième à l'étude des causes indéterminées.

SECTION I

Causes déterminées

Ces causes, qui font l'objet des art. 137 à 141 du Code civil, sont, comme dans la loi du 24 décembre 1874, au nombre de cinq, savoir :

- a) L'adultère (art. 137) ;
- b) L'attentat à la vie, les sévices et injures graves (art. 138) ;
- c) Le délit et l'atteinte à l'honneur (art. 139) ;
- d) L'abandon (art. 140) ;
- e) La maladie mentale (art. 141).

Nous allons les étudier successivement.

§ 1. Adultère (art. 137)

L'art. 137, alinéa 1^{er}, dispose : « *Chacun des époux peut demander le divorce pour cause d'adultère de son conjoint.* »

Que faut-il entendre par adultère ? L'adultère est accompli par l'union sexuelle de deux personnes dont

l'une au moins est mariée à une autre personne. Un autre commerce sexuel que le coït normal ne constitue pas l'adultère (1).

On a en effet renoncé à l'assimilation à l'adultère, faite par un premier avant-projet (2), des délits contre les mœurs (pédérastie, sodomie, etc.). La simple tentative n'est pas non plus assimilée à l'adultère ; mais les délits contre les mœurs, la tentative d'adultère peuvent constituer une cause de divorce aux termes des art. 139 ou 142 (3).

L'époux offensé peut seul demander le divorce : cela ressort clairement des termes mêmes de l'art. 137. Mais c'est à lui, en revanche, qu'incombera la preuve de cet adultère : un simple aveu de son adversaire ne suffirait pas ; c'est ce qu'on doit conclure des termes de l'art. 158, alinéa 3 (4).

Toutefois il n'est pas nécessaire que l'époux coupable soit pris en flagrant délit : la preuve de l'adultère pourra résulter simplement de faits ou de circonstances dont on peut logiquement conclure à l'existence de rapports sexuels (5).

(1) C'est également la solution du Code civil français, mais ce n'est pas celle du Code civil-allemand qui dispose dans son § 1565 : « Un époux peut agir en divorce lorsque son conjoint se rend coupable d'adultère ou d'un délit punissable d'après les art. 171 et 175 du Code pénal » (l'art. 171 réprime la bigamie, l'art. 175 les actes d'immoralité contre nature entre personnes de sexe masculin ou avec les animaux).

(2) Celui de 1896.

(3) Art. 139 : délit et atteinte à l'honneur ; art. 142 : cause indéterminée.

(4) Art. 158, al. 3 : « Les déclarations des conjoints, de quelque nature qu'elles puissent être, ne lient pas le juge. »

(5) Arrêt du Tribunal fédéral, R. O., t. XXV, II, p. 759.

Mais un temps assez bref est imparti à l'époux trompé pour demander le divorce ; l'art. 137, al. 2, dispose en effet : « *L'action se prescrit par six mois à compter du jour où l'époux offensé a connu la cause de divorce et, dans tous les cas, par cinq ans depuis l'adultère.* »

Cette disposition a fait naître une controverse : On s'est demandé, en effet, si, lorsque le fait remonte à plus de six mois, le demandeur devra prouver qu'il n'en a eu connaissance que depuis moins de six mois ? Cette preuve négative ne paraît pas pouvoir lui être imposée ; il faut, semble-t-il, décider que ce sera au conjoint coupable à opposer cette exception. C'est la seule solution compatible avec la disposition de l'art. 143 du Code fédéral des obligations (1).

Empressons-nous d'ajouter que l'intérêt de cette controverse est sensiblement atténué par les dispositions de l'art. 158 C. C., qui attribue au juge en matière de divorce un pouvoir souverain d'appréciation des faits.

Quant à la disposition de l'art. 137, al. 3 : « *l'action est irrecevable en cas de consentement à l'adultère ou de pardon* », elle n'existait pas dans la loi du 24 décembre 1874. Ici encore ce ne sera pas au demandeur, une fois l'adultère établi, à faire la preuve qu'il n'a pas consenti à l'adultère ou qu'il n'a pas pardonné. Cette disposition de l'art. 137, al. 3, devra être utilisée sous forme d'exception par le défendeur ou au besoin par le juge : en effet, il n'est pas nécessaire que le pardon ait été exprès ; il pourra résulter des circonstances, en particulier de la

(1) C. F. O. du 30 mars 1911, art. 142 : « Le juge ne peut suppléer d'office le moyen résultant de la prescription. »

continuation de la vie commune, après la découverte du délit (1).

Resterait à dire un mot de la sanction pénale de l'adultère. Mais le côté pénal de l'adultère ne joue, en Suisse, aucun rôle : la plupart des législations cantonales ne permettent une répression de l'adultère que sur la plainte de l'époux offensé, et cette plainte, il ne peut la déposer qu'après avoir obtenu au préalable un jugement de divorce des tribunaux civils. Le projet de Code pénal suisse du 23 juillet 1918 adopte la même manière de voir. Son article 181 dispose en effet : « 1° Le conjoint qui aura commis adultère et son complice seront, sur la plainte du conjoint outragé, punis de l'emprisonnement (huit jours au moins, deux ans au plus) ; 2° La plainte ne pourra être portée qu'autant que le conjoint outragé aura préalablement introduit une action en divorce ou en séparation de corps à raison de cet adultère. — Le conjoint qui a consenti à l'adultère ou l'a pardonné n'a pas le droit de porter plainte ; 3° La mort du conjoint outragé éteint l'action pénale et fait cesser l'exécution de la peine. »

(1) Il faut signaler ici un arrêt du T. F., du 30 sept. 1914, qui a décidé que l'époux qui a connu l'adultère de son conjoint et y a donné son consentement tacite n'est pas déchu du droit d'invoquer cet adultère : un tel consentement, dit-il, est en effet révocable, l'intérêt public s'opposant à la continuation d'une situation aussi paradoxale (R. O., 1914, II, p. 440). Cet arrêt paraît aller tout à fait contre la lettre et l'esprit de la loi : on ne peut guère se l'expliquer, quoique l'argument tiré de l'intérêt public ne manque peut-être pas de force.

§ 2. Attentat à la vie, sévices et injures graves

L'art. 138, al. 1, est ainsi conçu : « *Chacun des époux peut demander le divorce pour cause d'attentat à sa vie, de sévices ou d'injures graves de la part de son conjoint.* »

Nous nous trouvons ici en présence d'une cause de divorce que l'on rencontre également dans un grand nombre de législations modernes : en particulier, le Code civil français (art. 231) et le Code civil allemand (§ 1566 et 1568 *in fine*) renferment des textes à peu près semblables.

Mais ces diverses expressions conservent, sous l'empire du Code civil de 1912, la même signification précise qu'elles avaient déjà dans la loi du 24 décembre 1874 (1), et, par suite de l'existence d'une cause générale de divorce, la jurisprudence suisse n'a pas été tentée de leur faire subir les déformations que leur a imposées par exemple, et en particulier, la jurisprudence française.

Les *sévices*, qui doivent être graves comme les injures, sont les mauvais traitements ; ils ne justifient une action en divorce que s'ils sont suffisamment répétés. Ils doivent être volontaires et apparaître comme suffisamment brutaux, quoiqu'ils ne doivent pas nécessairement avoir un caractère délictueux. Des blessures corporelles ou qui n'ont été voulues que légères ne suffiront pas. Il en sera de même de simples menaces verbales.

On doit entendre par *attentat à la vie* tout acte accompli dans le but de tuer son époux ou dirigé contre la vie de celui-ci. Il n'est d'ailleurs pas nécessaire qu'il y ait eu tentative au sens pénal de ce mot. L'intention ne suffit

(1) Voyez ci-dessus Introd., Chap. II, Sect. 1, p. 22.

pas à elle seule ; elle doit s'être traduite par des actes. L'attentat à la vie, c'est en somme le sévice dans sa forme la plus violente et la plus dangereuse.

Quant aux *injures graves*, ce sont les sévices moraux, impliquant une atteinte grave à l'honneur de l'époux offensé. L'appréciation de la gravité de cette atteinte variera d'ailleurs selon les personnes et selon les milieux.

Le Tribunal fédéral a, par exemple, considéré comme injures graves les faits suivants : une dénonciation calomnieuse pour faits contre nature et le reproche d'infidélité conjugale ; le fait par une femme mariée de faire d'un étranger sa compagnie constante, de voyager seule avec lui en descendant dans les mêmes hôtels et de le donner pour son fiancé (1). Mais il a par contre décidé que, pour que des injures verbales constituent l'injure grave prévue par l'art. 138, il faut qu'elles présentent en elles-mêmes un certain caractère de gravité et qu'elles découlent de sentiments mauvais, réfléchis et durables, de nature à rendre la vie commune insupportable.

Le Tribunal fédéral a encore décidé que le fait de la part du mari de ne pas répondre à une lettre par laquelle sa femme l'engage très affectueusement à reprendre la vie commune suspendue par sa faute à lui, bien que constituant une offense, ne constitue cependant pas à lui seul une injure grave au sens de l'art. 138 (2).

D'ailleurs, comme l'action en divorce pour cause d'adultère, l'action en divorce fondée sur l'attentat à la vie, les sévices ou injures graves, est soumise à une

(1) Arrêts du T. F., 30 mars 1878, R. O., IV, p. 168, et 12 février 1913 (*Semaine judiciaire*, 1913, p. 417).

(2) Arrêts du T. F., 29 mai 1912, R. O., 1912, p. 27, et 9 octobre 1912 (*Semaine judiciaire*, 1913, p. 514).

courte prescription et est irrecevable en cas de pardon. C'est ce que décide l'art. 138 dans ses alinéas 2 et 3 : « *L'action se prescrit par six mois à compter du jour où l'époux offensé a connu la cause de divorce et dans tous les cas par cinq ans depuis l'attentat, les sévices ou les injures.— Elle est irrecevable en cas de pardon.* » Et le Tribunal fédéral a décidé que le délai de six mois est un délai de péremption que les tribunaux sont tenus d'appliquer d'office (1).

§ 3. Délit et atteinte à l'honneur

L'art. 139 dispose : « *Chacun des époux peut demander le divorce en tout temps lorsque son conjoint a commis un délit infamant ou mène une conduite si déshonorante que la vie commune est devenue insupportable au demandeur.* »

Ici, le Code civil de 1912 va plus loin que la loi de 1874. En effet, ce qui fait d'un délit une cause de divorce, c'est moins le caractère infamant de la peine prononcée ou encourue que le caractère infamant de l'acte lui-même. Il suffit que le délit dénote, chez celui qui le commet, l'absence du sentiment de l'honneur ; peu importe qu'il soit considéré ou non par le droit pénal comme infamant (2). Il n'est pas nécessaire qu'il y ait une condamnation pénale. L'acquittement même n'empêche pas

(1) Arrêt du 29 mai 1912, R. O., 1912, p. 27.

(2) Il serait fâcheux que, chaque canton possédant encore son Code pénal particulier, le même fait pût être considéré ou non comme cause de divorce, parce qu'il serait ou ne serait pas considéré comme infamant par le Droit pénal de ce canton. Cette disposition paraît donc particulièrement heureuse.

l'application de l'art. 139. Le juge qui aura à prononcer le divorce devra examiner d'une manière indépendante s'il y a vraiment délit déshonorant. Un crime pourra être commis pour des raisons qui n'auront rien de déshonorant : ce sera par exemple le cas d'un crime politique ; un tel crime ne sera pas une cause de divorce au sens de l'art. 139.

C'est là une conception tout à fait différente de celle du droit français, qui s'attache au caractère afflictif et infamant de la peine appliquée à l'acte pour en faire une cause de divorce.

La preuve de ce délit déshonorant suffira d'ailleurs à elle seule pour faire prononcer le divorce ; pas n'est besoin de démontrer que la vie commune est devenue insupportable au demandeur : cette restriction ne s'applique, en effet, qu'à l'appréciation de la conduite déshonorante (1). Mais que faut-il entendre par conduite déshonorante ?

C'est aux tribunaux qu'il appartient d'apprécier quels sont les faits qui peuvent caractériser une conduite de manière à la faire juger déshonorante.

Cette conduite déshonorante devra d'ailleurs durer depuis longtemps : elle ne peut consister dans quelques faits isolés et sans lendemain.

Comme exemples d'une pareille conduite, on peut citer : le fait d'embrasser une profession honteuse ; celui

(1) Cette solution, contraire à celle donnée par l'Exposé des motifs (Motifs, Titre IV, p. 126), résulte formellement des procès-verbaux de la Commission d'experts à laquelle l'avant-projet fut soumis avant d'être transmis aux Chambres fédérales par le Conseil fédéral (Comm. experts, procès-verbaux, I et II, p. 156 à 158). Il n'y a pas de décision jurisprudentielle sur la question.

de tenir une maison de tolérance, de pratiquer la traite des blanches, le courtage matrimonial, l'usure. D'autres actes moins graves peuvent aussi, par leur répétition, rendre la conduite de celui qui les accomplit déshonorante : tels sont par exemple les faits répétés de vol, de recel, de contrebande, de braconnage, de paresse, l'ivrognerie habituelle ; l'usage habituel de stupéfiants tels que la morphine, la cocaïne, l'opium ; la passion du jeu, la prodigalité constante (1).

Mais on peut être surpris de voir qu'il n'est pas question ici de prescription : ce serait pourtant une erreur de considérer l'action prévue par l'art. 139 comme imprescriptible ; il faut seulement déduire du silence de la loi que tant que dure la cause du divorce, tant par exemple que le condamné subit sa peine ou que l'époux continue à mener une conduite déshonorante, le divorce peut être demandé contre lui. Mais ce droit s'évanouira si l'époux offensé n'en a pas fait usage assez rapidement pour qu'on ne puisse pas admettre qu'il a pardonné (2).

§ 4. Abandon

D'après l'art. 140, « *chacun des époux peut demander le divorce pour cause d'abandon malicieux ou lorsque, sans de justes motifs, son conjoint ne réintègre pas le domicile conjugal* ». Cette cause de divorce, reconnue également par le droit allemand (C. C., § 1567), mais inconnue du droit français, au moins théoriquement, sinon dans la pratique des tribunaux, où elle figure sous le

(1) Held : Die generelle Ehescheidungsgrund, § 32, p. 82.

(2) C'est ce qui résulte du texte même de l'art. 139, qui met le verbe « mener » au présent.

nom d'injure grave, se présente sous un double aspect : tantôt, en effet, il s'agit d'*abandon malicieux*, c'est-à-dire d'un abandon qui exige une cessation durable et réelle de la vie commune contre la volonté de l'autre époux et sans raison valable ; tantôt, *du fait pour un conjoint de ne pas réintégrer le domicile conjugal sans de justes motifs*, qui pourront consister par exemple dans l'exercice d'une profession déshonorante au domicile des époux, dans l'absence d'un domicile indépendant, dans le fait d'une émigration à l'étranger (1).

Mais, pour devenir une cause de divorce, cet abandon doit remplir certaines conditions qui diffèrent quelque peu dans le Code civil allemand et dans le Code civil suisse (2). D'après ce dernier, l'abandon doit avoir duré deux ans au moins et n'avoir pas encore pris fin. Toutefois le délai n'a pas besoin d'avoir été ininterrompu : un retour momentané ne supprime pas cette cause de divorce ; pour produire cet effet, il faudrait que le retour soit complet, définitif et qu'il implique une reprise durable

(1) Arrêts du T. F., R. O., 3. p. 366 ; 22, II, p. 11.

(2) Le § 1567 du C. C. all. dispose en effet : « Il n'y a abandon méchant que : 1° si un époux après avoir été condamné au rétablissement de la vie commune, par jugement ayant acquis force de chose jugée, est resté une année sans donner suite au jugement, contre la volonté de l'autre époux et dans une intention méchante ; 2° si un époux s'est pendant une année, contre la volonté de l'autre époux et dans une intention méchante, tenu éloigné de la communauté de vie domestique, et si les conditions préalables requises pour la signification publique ont subsisté à son encontre depuis le délai d'une année. — Le divorce n'est pas admis au cas de l'art. 2, n° 2, lorsque les conditions préalables requises pour la signification publique ne subsistent plus à la clôture de la procédure orale sur laquelle est rendu le jugement. »

de la vie conjugale. Ce sera au juge à apprécier s'il en est vraiment ainsi.

D'ailleurs, avant d'intenter son action, l'époux offensé doit s'adresser à la justice pour faire sommer l'époux absent de réintégrer le domicile conjugal dans les six mois. Cette sommation se fera au besoin publiquement, si la résidence du conjoint n'est pas connue du demandeur en divorce. L'action ne peut être intentée qu'après l'expiration du délai de six mois (1).

§ 5. Aliénation mentale

Voici une des causes de divorce qui a donné et donne encore lieu aux plus vives discussions. Peu de législations l'admettent ; seules la législation allemande et la législation suisse la connaissent ; elles posent à ce sujet des conditions à peu près semblables (2).

L'article 141 du Code civil suisse s'exprime ainsi : « *Chacun des époux peut demander le divorce en tout temps pour cause de maladie mentale de son conjoint, si cet état rend la vie commune insupportable au demandeur et si, après une durée de trois ans, la maladie a été déclarée incurable à dire d'experts.* »

Cette cause de divorce qui, nous l'avons vu, existait

(1) Art. 140, al. 2 et 3, et arrêt du T. F. du 9 octobre 1912 (*Sem. judic.*, 1913, p. 514).

(2) Comp. l'art. 141 du C. C. S. et le § 1569 C. C. all. : « Un époux peut agir en divorce lorsque son conjoint est frappé d'une maladie mentale, que cette maladie a duré au moins trois années pendant le mariage et qu'elle a atteint un degré tel que la communion intellectuelle entre époux est supprimée et que tout espoir de la voir se rétablir est perdu. »

dans le droit cantonal suisse depuis longtemps et que la loi du 24 décembre 1874 avait maintenue, a passé à peu près telle quelle dans le Code civil de 1912. Cependant le texte primitif se montrait moins exigeant que le texte actuel. Il était en effet ainsi conçu : « Le divorce peut être demandé en tout temps pour cause de maladie mentale reconnue incurable, lorsqu'il s'est écoulé trois ans depuis le début de la maladie (1). »

Ainsi, pas n'était besoin pour faire prononcer le divorce que la maladie rendit la continuation de la vie commune insupportable au demandeur. Mais ce texte apparut comme trop large et dans le projet qui fut soumis aux Chambres fédérales en 1901 se trouvait un texte très analogue à celui de l'article 141 actuel (2).

Pour constituer une cause de divorce, la maladie mentale doit, d'après ce texte, remplir trois conditions très précises :

- 1° Rendre la vie commune insupportable au demandeur ;
- 2° Durer depuis trois ans ;
- 3° Etre déclarée incurable par des experts.

La première de ces conditions, qui n'existait pas dans la loi de 1874, aura pour conséquence d'éviter qu'un certain nombre de maladies mentales bénignes, telles que aphasie, agraphie, monomanie, puissent constituer une cause de divorce, par cela seul qu'elles durent depuis

(1) Art. 163 de l'avant-projet de 1900.

(2) Projet du Conseil fédéral, art. 148 : « Chaque époux peut demander le divorce en tout temps, pour cause de maladie mentale de son conjoint, lorsque cet état rend la vie commune insupportable au demandeur et que la maladie aura été reconnue incurable à dire d'experts, après trois ans écoulés depuis son début. »

trois ans. Quant aux maladies qui, sans être des maladies mentales, sont reconnues incurables, elles ne constituent même pas une cause indéterminée de divorce au sens de l'art. 142. En effet, d'après l'art. 159, les époux « se doivent fidélité et assistance » ; le devoir pour l'un des conjoints de partager les malheurs de l'autre fait évidemment partie du devoir d'assistance qui lui est ainsi imposé par la loi.

Il y a, cependant, certaines maladies mentales qui ne peuvent véritablement pas être considérées comme compatibles avec la nature même du mariage : ce sont celles-là seules que vise l'art. 141.

Mais la maladie que l'on invoque comme cause de divorce doit remplir une seconde condition, durer depuis trois ans au moins. Le délai commence à courir du jour du commencement de la maladie et non pas du jour où elle a été reconnue incurable. Il appartiendra dès lors au demandeur de démontrer que le début de la maladie se place réellement à une date telle que ce délai de trois ans s'est écoulé avant l'introduction de la demande.

La maladie doit, enfin, avoir été reconnue incurable à dire d'experts. Le pluriel employé par le texte indique que ces experts devront être plusieurs : trois en général. C'est là une sérieuse garantie.

Quelle sera la mission de ces experts ? Ils devront examiner soigneusement le malade avant de se prononcer et rechercher si la communauté spirituelle, qui est la base du mariage, se trouve gravement atteinte ou même complètement anéantie par la maladie ; dans leur appréciation, ils tiendront compte des sentiments de l'époux bien portant et des risques physiques ou moraux que lui ou les enfants pourraient avoir à courir du fait du main-

tien du lien conjugal avec un époux atteint de maladie mentale (1).

Ajoutons qu'ici encore il n'est pas question de prescription : en effet, la cause de divorce étant constituée par un état permanent, la maladie mentale, et non par des actes isolés, le droit de l'invoquer ne peut évidemment disparaître tant que dure cet état.

Telles sont les causes déterminées de divorce prévues par le Code civil suisse. Elles sont complétées par une cause relative ou indéterminée qu'il reste à examiner.

SECTION II

Causes indéterminées

Les causes indéterminées que nous avons rencontrées déjà dans plusieurs législations cantonales, et retrouvées dans la loi du 24 décembre 1874 (2) sont en réalité réduites dans le Code civil de 1912 à une seule que l'article 142 formule dans les termes suivants : « *Chacun des époux peut demander le divorce lorsque le lien conjugal est si profondément atteint que la vie commune est devenue insupportable. — Si la désunion est surtout imputable à l'un des conjoints, l'action ne peut être intentée que par l'autre.* »

Et voici en quels termes le professeur Eug. Hüber justifie, dans l'exposé des motifs de l'avant-projet de

(1) Held, *op. cit.*, § 33, p. 84.

(2) Voyez ci-dessus : Introduction, Chap. I, p. 14, Chap. II, p. 24.

Code civil de 1900 (1), le maintien de cette cause indéterminée de divorce dans la législation suisse moderne: « Cette cause est indispensable si tant est qu'on ne veuille pas faire abstraction du divorce. Il est des situations dans lesquelles le lien conjugal est bien plus profondément atteint que dans le cas d'une cause déterminée de divorce et qui cependant ne rentrent pas dans l'une de ces causes. A cet égard, la loi doit renfermer un texte qui autorise le divorce. »

Mais cette cause indéterminée étant ainsi justifiée, une grave question se pose aussitôt : celle de savoir en quels termes la loi doit la définir.

On se rappelle (2) que la loi du 24 décembre 1874 consacrait deux articles à cette cause générale: Le premier, l'article 45, envisageait une action en divorce introduite par les deux époux et déclarait que le divorce devait être prononcé « si la continuation de la vie commune apparaissait comme incompatible avec la nature du mariage ». L'art. 47, lui, était relatif à une demande unilatérale et disposait que le divorce devait être prononcé « si le lien conjugal était profondément atteint ». La coexistence de ces deux textes avait jeté un tel trouble dans la jurisprudence que la nécessité apparut aux rédacteurs du nouveau Code de lui donner des bases plus solides. C'est le but qu'on poursuivit tout d'abord en remplaçant les deux textes par une formule unique.

Le principe de la formule unique une fois admis, il fallait la rédiger. On ne pouvait guère enlever au juge toute liberté d'appréciation. Mais une rédaction tout à fait précise était nécessaire. Il est indispensable de

(1) Exposé des motifs, Liv. II, Titre II, p. 121 et ss.

(2) Voyez Introduction, Chap. II, p. 24.

montrer les diverses étapes parcourues pour arriver à la rédaction actuelle.

Un premier avant-projet (celui de 1896) portait que, « lorsque le lien conjugal est profondément atteint, celle des parties qui sera en état de prouver que la désunion est surtout imputable à l'autre pourra en tout temps demander le divorce, si la continuation de la vie commune met, aux dires de deux experts, gravement en danger sa santé physique ou sa vie morale. Si l'autre époux consent au divorce, il n'est pas nécessaire d'établir l'existence de ce danger ».

Mais on objecta, non sans quelque raison semble-t-il, qu'on aboutissait, avec cette formule, à dépouiller le juge de sa liberté d'appréciation, celui-ci étant fatalement entraîné à adopter la manière de voir des experts. De plus, la notion de « danger pour la santé » n'apparut pas comme plus satisfaisante que celle de « profonde atteinte au lien conjugal » de la loi de 1874. Enfin, la distinction faite entre la demande conjointe et celle formée par un seul des époux ne rencontra que peu d'approbation, car elle tendait à créer des conditions particulières pour les deux sortes d'actions et c'était là un système qu'on considérerait déjà comme un défaut très grave de la loi du 24 décembre 1874.

Aussi l'avant-projet de 1900 (1) adoptait-il une formule sensiblement différente, qui était ainsi conçue : « Le divorce peut être demandé par les deux époux lorsque le lien conjugal est si profondément atteint que la vie commune est devenue insupportable. L'action pourra être intentée par un seul des époux, si la désunion est surtout imputable à l'autre. »

(1) Avant-projet de 1900, art. 164.

Comme on le voit, d'après cette formule, la profonde atteinte au lien conjugal ne suffit pas à elle seule pour motiver le divorce. Bien au contraire, elle ne constitue une cause de divorce que si les conséquences en sont telles que la vie commune est devenue insupportable à l'époux demandeur. Il était facile de se convaincre que cette disposition rendrait le divorce pour causes indéterminées notablement plus difficile que sous l'empire de la loi de 1874. Elle avait de plus l'avantage d'être en parfaite concordance avec la prescription concernant les autres causes de divorce (1) et de nullité relative du mariage (2). Cette concordance semblait devoir offrir de grands avantages dans la pratique : une jurisprudence stricte pourrait plus facilement s'établir et sauvegarderait le lien du mariage, tant qu'il n'apparaîtrait pas comme mortellement atteint.

Aussi cette rédaction, quelque peu modifiée dans la forme, a-t-elle été maintenue dans le texte définitif de l'article 142 (3).

Etudions maintenant d'un peu plus près l'art. 142 et déterminons exactement les conditions que doit remplir une demande en divorce fondée sur son texte.

Ces conditions sont au nombre de trois :

1° Le demandeur devra tout d'abord établir — et la

(1) Art. 161 de l'avant-projet de 1900, art. 139 actuel.

(2) Art. 146 de l'avant-projet de 1900, art. 124, al. 2 actuel.

(3) Le texte du projet du Conseil fédéral (art. 149) soumis à la délibération des Chambres fédérales était ainsi conçu : « Les deux époux peuvent demander le divorce lorsque le lien conjugal est si profondément atteint que la vie commune leur est devenue insupportable. Si la désunion est surtout imputable à l'un des conjoints, l'action ne pourra être intentée que par l'autre. »

même preuve incombera aux deux parties, si elles concluent toutes deux au divorce, — « *que le lien conjugal est profondément atteint* ».

Pour comprendre la signification exacte de cette expression, il convient d'examiner brièvement ce qui fait l'essence du mariage, c'est-à-dire la communauté de vie, de sentiments, d'affections de deux personnes de sexes différents. Par l'expression « *profonde atteinte au lien conjugal* » (*die tiefe Zerrütung des ehelischen Verhältnisses*), il faut entendre la rupture complète de cette communauté de vie, de sentiments et d'affections. Et, pour être estimée complète, cette rupture doit durer depuis longtemps déjà : les troubles les plus aigus dans les relations conjugales, mais qui seraient sans lendemain, ne permettraient pas au juge d'estimer que le lien conjugal est profondément atteint.

Comment cette profonde atteinte au lien conjugal se révélera-t-elle à nous ? Elle apparaîtra dans les actes des époux, actes que le juge pourra estimer contraires aux intérêts de la société constituée par le mariage. Mais ces actes des époux peuvent être envisagés sous deux aspects différents : comme des *causes* ou comme des *effets*, c'est-à-dire que, dans certains cas, ils causent par eux-mêmes la profonde atteinte au lien conjugal que le demandeur en divorce doit démontrer, alors que, dans d'autres cas, ces mêmes actes apparaissent plutôt comme les indices manifestes et certains d'un profond dissentiment conjugal, antérieur à eux.

La loi prend-elle donc en considération, dans son art. 142, les deux aspects sous lesquels peuvent ainsi apparaître les faits invoqués à l'appui d'une demande en divorce ?

Il n'y a pas de doute tout d'abord que la loi envisage des

cas où les actes des époux apparaissent comme la cause directe de la profonde atteinte au lien conjugal, et nous verrons plus loin quels sont les faits que l'on peut ranger dans cette catégorie. Mais, pour ce qui est du second aspect de la question, on peut se demander à bon droit s'il est aussi envisagé par la loi. Cela peut paraître douteux, à lire tout au moins le texte français qui parle de lien conjugal profondément atteint, ce qui semblerait indiquer qu'il faut que le lien conjugal ait subi des atteintes de nature à le briser complètement. Mais, à lire le texte allemand du même article, l'impression change quelque peu : il parle en effet d'une « so tiefe Zerrütung des ehelichen Verhältnisses », ce qu'on peut traduire par « une si profonde altération du lien conjugal » Le mot Zerrütung indique un état de fait plus qu'un résultat ; on peut donc, semble-t-il, conclure que la démonstration faite devant le juge de faits qui pourront apparaître comme les indices d'une profonde altération du lien conjugal, ayant pour conséquence de rendre à l'époux demandeur la vie commune insupportable, pourra lui permettre de prononcer le divorce au sens de l'art. 147.

Toutefois, la question ne nous apparaît pas comme définitivement tranchée : la grande majorité — pour ne pas dire l'unanimité — des décisions jurisprudentielles que nous avons pu consulter se rapportent uniquement à des cas où les faits invoqués à l'appui de la demande en divorce sont considérés non pas comme des manifestations de la profonde atteinte au lien conjugal, mais bien comme les causes ou la cause de cette profonde atteinte.

Avouons, d'ailleurs, que pratiquement la question présente moins d'intérêt qu'il ne paraît ; car, si les faits qu'on invoque apparaissent au juge comme susceptibles de causer la profonde atteinte au lien conjugal, alors

qu'en réalité il ne sont qu'une manifestation de cette profonde atteinte, le résultat cherché sera obtenu et le divorce prononcé.

Quels sont donc, parmi les faits invoqués, ceux que le juge pourra considérer comme portant au lien conjugal la « profonde atteinte » exigée par la loi ?

Par suite des aspects si différents de la vie conjugale, on rencontre une multitude de faits qui pourront avoir pour conséquence cette « profonde atteinte au lien conjugal » dont nous parle la loi. On ne peut évidemment songer à dresser un catalogue complet de ces faits. Mais la plupart d'entre eux pourront néanmoins être rangés dans la catégorie des manquements aux devoirs créés par le mariage.

Or la loi énumère, comme devoirs des époux, « l'obligation mutuelle d'assurer la prospérité de l'union conjugale d'un commun accord et celle de pourvoir ensemble à l'entretien et à l'éducation des enfants (1) ». Elle parle aussi du devoir de fidélité et d'assistance (2). On peut y ajouter l'obligation réciproque de satisfaire au devoir conjugal.

Certains auteurs ont cependant tenté des classifications : ainsi Egger distingue les atteintes portées à la société physique et naturelle, morale et intellectuelle, économique des époux (*Verletzungen der physisch-natürlichen, sittlich-geistigen, und wirtschaftlichen Gemeinschaft*) (3). Gmür propose une autre division : faits qui constituent des manquements graves aux devoirs nés du mariage ; faits qui caractérisent une conduite déshono-

(1) C. C., art. 159, al. 2.

(2) C. C., art. 159, al. 3.

(3) Egger : *Kommentar des C. G. B., Art. 142, Anm. 3 (b. c. d.)*.

rante et immorale ; faits qui ne proviennent pas d'une faute essentielle des époux (1).

Comme violations des devoirs créés par le mariage on peut citer les faits suivants : refus obstiné et sans motif du devoir conjugal ; manœuvres anticonceptionnelles pratiquées contre la volonté de l'autre époux ; impuissance provoquée ; conduite brutale, égoïste ou méprisante de l'un des époux ; refus persistant de la reprise de la vie conjugale ; refus persistant d'entretien de l'homme à l'égard de la femme ; négligence des devoirs de famille ; négligence par la femme de ses devoirs de mère ou de maîtresse de maison.

Comme exemples de faits caractérisant une conduite déshonorante et immorale : les faits impudiques ; les relations suspectes avec des personnes d'un autre sexe ; la tentative d'adultère, les maladies contagieuses, les excès, la prodigalité, l'ivrognerie.

Enfin, comme faits non volontaires pouvant causer la profonde atteinte au lien conjugal : le changement de religion ; certaines maladies involontaires de longue durée ; une longue séparation de fait sans intention méchante.

Voici quelques hypothèses que le Tribunal fédéral a eu à envisager (2) :

(1) Gmür : Kommentar des C. G. B., Art. 142, Anm. IV, 4.

(2) A la vérité, la plupart des espèces citées sont empruntées à une jurisprudence antérieure à la mise en vigueur du Code civil de 1912, et ce sont pour la plupart des applications de l'art. 47 de la loi de 1874. Mais le Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral (années 1912 et ss.) ne renferme que quelques très rares arrêts relatifs à l'application de l'art. 142. D'où l'on peut, semble-t-il, conclure que, contrairement aux prévisions du législateur, la jurisprudence n'a pas été sensiblement modifiée par la mise en vigueur du nouveau Code.

La séparation de fait, qui dure depuis un certain nombre d'années, sera souvent considérée par le Tribunal comme une cause indéterminée de divorce. Ainsi, dans une première espèce (1), les époux étaient séparés de fait depuis cinq ans ; aucune tentative sérieuse de reprise de la vie conjugale n'avait été faite ; bien au contraire, la femme s'était obstinément refusée à retourner auprès de son mari et celui-ci avait, sans raison, déposé contre elle une plainte en concubinat. Dans une autre espèce (2), les époux étaient séparés de fait depuis 14 ans et refusaient énergiquement tous deux de reprendre la vie commune. D'autres demandes sont accueillies parce qu'elles montrent le lien conjugal profondément atteint et ne laissent aucun espoir de le voir se rétablir ; ici (3) les excès de langage de la femme, consistant essentiellement dans des accusations d'infidélité, ont été provoqués par la manière d'être du mari, bien que la preuve de l'adultère n'ait pu être rapportée ; de même la preuve des mauvais traitements subis par la femme fait défaut ; d'autre part, il ressort de la procédure que le lien conjugal est profondément atteint par la faute du mari ; la manie querelleuse de la défenderesse qui se répand en expressions grossières est impardonnable, mais c'est surtout l'indifférence témoignée par le mari à l'égard de sa femme, son ivrognerie et sa conduite équivoque avec d'autres femmes, qui ont porté la plus grave atteinte au lien conjugal.

Le Tribunal fédéral a également décidé que constitue une faute grave autorisant le juge à prononcer le divorce

(1) Arrêt du T. F., R. O., année 1877, p. 725.

(2) Arrêt du T. F., R. O., année 1877, p. 382.

(3) Arrêt du T. F., R. O., année 1879, p. 594.

aux torts de la femme, le fait, par celle-ci, d'accuser faussement son mari, auprès de tiers, d'avoir commis adultère, de lui avoir communiqué une maladie vénérienne et d'avoir, à deux reprises, tenté de l'empoisonner (1).

En revanche, la maladie de la femme qui l'empêche de s'occuper du ménage et d'accomplir le devoir conjugal est évidemment un grand malheur qui peut empêcher en fait la vie commune, mais ce n'est pas une circonstance que l'on puisse envisager comme incompatible avec la notion de mariage. Le but et l'essence du mariage en tant que communauté de vie permanente exigent que les époux partagent leurs joies et leurs peines. Le lien n'est nullement atteint par des épreuves qui frappent l'un des époux sans qu'il en soit responsable (2).

De même une convention par laquelle deux époux s'accordent pour divorcer ne peut à elle seule permettre au juge de prononcer le divorce ; le demandeur devra, dans ce cas, établir l'existence d'une des causes de divorce prévues par la loi. C'est la prohibition absolue du divorce par consentement mutuel (3).

2° Mais la profonde atteinte au lien conjugal, une fois établie, ne suffit pas à elle seule pour motiver le divorce. Cette atteinte doit être si profonde que « *la vie commune est devenue insupportable* ». Le texte allemand de l'art. 142 déclare également que l'atteinte au lien conjugal doit être si profonde « *das den Ehegatten die Fortsetzung der ehelichen Gemeinschaft nicht mehr zugemutet wer-*

(1) Arrêt du 12 juin 1913, R. O., 1913, II, p. 181.

(2) Arrêt du T. F., R. O., 1882, p. 337.

(3) Arrêt du 30 mai 1912, R. O., 1912, II, p. 40.

den darf » et le texte italien « che non si possa, ragionevolmente esigere da essi la continuazione dell' unione conjugale ».

En somme, pour prononcèr le divorce au sens de l'art. 142, le juge doit répondre à deux questions capitales :

a) Le lien conjugal peut-il être considéré comme profondément atteint? et si oui,

b) L'atteinte est-elle si profonde que, dans les circonstances présentes, on ne puisse raisonnablement pas exiger des époux la continuation de la vie commune?

Pour répondre à la première question, les parties devront porter à la connaissance du juge les faits qui, à leur avis, ont provoqué la profonde atteinte au lien conjugal; nous avons vu plus haut quels sont ces faits (1) : le juge devra les apprécier.

En ce qui concerne la seconde question, le juge doit se livrer à un examen aussi consciencieux que possible des sentiments subjectifs des époux. Il fera notamment entrer en ligne de compte, dans son appréciation, les sentiments subjectifs de l'époux offensé. Il recherchera si, dans le cas concret qui lui est soumis, on a vraiment démontré la profonde atteinte au lien conjugal, si la communauté conjugale est par là même profondément atteinte et si, par suite, le maintien de la vie commune apparaît bien comme une charge que l'on ne peut imposer à l'époux demandeur. Dans son appréciation, il tiendra compte, avant tout, de la personnalité des époux, de leur degré d'éducation, de leur situation sociale et de leurs sentiments.

3° Une troisième condition est encore nécessaire pour

(1) Voyez ci-dessus, p. 66 et ss.

rendre la demande recevable : *il ne faut pas que la désunion soit surtout imputable au demandeur* : *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*.

Mais, en réalité, dans la plupart des actions en divorce intentées en vertu de l'article 142, les époux sont tous deux demandeurs. Les torts sont le plus souvent réciproques ; il est alors bien difficile de dire si l'un des époux est plus ou moins coupable que l'autre. C'est pourquoi on avait proposé à la Commission d'experts (1) de rédiger ainsi le 2^e alinéa de l'article 142 : « L'action pourra être intentée par un seul des époux, si ce n'est pas à lui que la désunion est surtout imputable. » Mais cette rédaction n'a pas été adoptée ; il faut donc se demander comment doit être appliqué le 2^e alinéa de l'article 142 : « *Si la désunion est surtout imputable à l'un des conjoints, l'action ne peut être intentée que par l'autre.* »

Supposons d'abord que les époux sont tous deux demandeurs : le juge doit alors rechercher quel est celui des deux qui est le plus coupable, et c'est aux torts de celui-ci que le divorce sera prononcé. Les torts des deux époux apparaissent-ils sensiblement équivalents, ou bien l'incompatibilité d'humeur est-elle seule invoquée, on se trouve encore dans un cas d'application de l'article 142 : le divorce sera prononcé sans que le tribunal ait à désigner une partie innocente et une partie coupable. Mais le juge ne doit pas considérer la demande commune en divorce comme une preuve de la profonde atteinte au lien conjugal, comme cela s'était produit dans certains

(1) C'est à cette commission d'experts que fut d'abord soumis l'avant-projet de 1900, qui fut ensuite transmis, après modifications, aux Chambres fédérales par Message du Conseil fédéral du 20 mai 1904.

tribunaux de la Suisse occidentale, par application de l'art. 45 de la loi du 24 décembre 1874. Cette demande ne peut devenir une variété du divorce par consentement mutuel, lequel n'est pas reconnu par la loi.

La question de preuve prend dans la demande commune en divorce une importance considérable: du moment, en effet, que la plupart des demandes communes ne reposent pas sur une faute, on doit considérer l'incompatibilité d'humeur, l'antipathie invincible des deux époux comme la véritable source de la profonde atteinte au lien conjugal, sans qu'il y ait lieu de tenir compte, au regard du lien conjugal, des conséquences possibles d'une faute de l'un des époux ou d'une peine qui lui est infligée.

A ce sujet, certains auteurs (1) proposent que les époux n'aient à communiquer au juge que les faits nécessaires pour établir la profonde atteinte au lien conjugal, alors que d'autres (2) exigent, au contraire, du juge qu'il établisse par lui-même, autant que cela lui est possible, la question de culpabilité.

En ce qui concerne la demande en divorce d'un seul des époux, il n'est pas nécessaire que le demandeur soit absolument exempt de tout reproche. La loi envisage seulement le cas où l'époux demandeur est le plus coupable, pour lui refuser le divorce qu'il sollicite. Une faute propre à l'époux demandeur n'exclut pas la possibilité pour lui de demander et d'obtenir le divorce; il suffira, pour qu'il ait gain de cause, que sa faute soit jugée moins grave que celle de son conjoint.

Les deux époux peuvent aussi demander le divorce en

(1) Egger: Komm., p. 98.

(2) Gmür: Komm., art. 142, VII, 2.

invoquant chacun la faute de l'autre ; le juge devra alors apprécier les fautes de l'un et de l'autre époux et ne débouter le demandeur que s'il a commis lui-même la plus grave faute. Il pourra même se présenter des cas où les époux ayant à se reprocher des fautes équivalentes, l'un d'entre eux ne paraîtra pas plus coupable que l'autre ; le divorce pourra cependant être prononcé, si la faute a produit, en ce qui concerne chacun des époux, la profonde atteinte au lien conjugal prévue par la loi.

CHAPITRE II

PROCÉDURE DU DIVORCE

La procédure en matière de divorce est diversement organisée. Nous avons choisi comme exemples deux lois cantonales : celles des cantons de St-Gall et de Genève (1). Mais quelques indications préliminaires sur les juridictions susceptibles d'être intéressées par la poursuite d'une instance en divorce sont tout d'abord nécessaires.

Dans le canton de St-Gall ces juridictions sont : le conciliateur que l'on peut comparer à notre juge de paix et dont le rôle est de concilier les parties ; il joue un rôle important dans la procédure du divorce ; — le président du tribunal de district, dont le rôle consistera essentiellement à ordonner les mesures provisoires que pourra nécessiter la demande en divorce portée devant ce tribunal,

(1) Canton de Genève : Loi de procédure civile du 13 octobre 1920. — Canton de St-Gall : Loi de procédure civile du 31 mai 1900 et Loi d'introduction du G. C. S. du 16 mai 1911.

— le tribunal lui-même, juridiction de droit commun devant laquelle se déroulera la plus grande partie de la procédure du divorce; — le Tribunal cantonal et la Cour de cassation cantonale devant lesquels la décision du tribunal de district pourra être éventuellement portée pour y être réformée ou cassée.

Dans le canton de Genève, l'organisation judiciaire se rapproche de l'organisation judiciaire française. Le juge de paix reste en dehors de l'instance en divorce. Le président du tribunal de 1^{re} instance est chargé de concilier les époux et de prendre, au moins en partie, les mesures provisoires nécessitées par la demande en divorce.

Le tribunal de 1^{re} instance juge en premier ressort la demande en divorce, qui pourra être portée en appel devant la Cour de justice civile.

On sait, en outre, que les dispositions relatives au divorce ne sont pas édictées uniquement par le droit cantonal: le respect des dispositions législatives générales sera assuré par le Tribunal fédéral, qui sera saisi par la voie du recours en réforme; ce recours aura lieu, par exemple, si le Tribunal cantonal a méconnu le caractère d'ordre public du délai prévu par l'art. 150 du Code civil, pour le cas d'adultère (1), et plus généralement toutes les fois que la loi fédérale pourra être considérée comme violée par le Tribunal cantonal; la loi fédérale est réputée violée lorsqu'un principe de droit consacré par elle ou résultant implicitement de ses dispositions n'a pas été appliqué ou a reçu une fausse application.

(1) Arrêt du T. F., R. O., 1912, II, p. 51.

Enfin, dans des cas exceptionnels, l'arrêt du Tribunal fédéral lui-même peut faire l'objet d'une révision (1).

Quelles sont les diverses prescriptions édictées par nos deux lois et le Code civil suisse en ce qui concerne la procédure du divorce ? Cette étude fera l'objet des paragraphes qui suivent.

§ I. — Capacité en matière d'action en divorce

La question de la capacité requise pour intenter une action en divorce se pose au sujet de plusieurs personnes ; c'est une question préliminaire à toute étude de la procédure, il faut d'abord l'examiner. Une remarque préalable s'impose d'ailleurs : elle concerne l'extrême libéralisme dont fait preuve en cette matière le Code civil suisse. Ses solutions sont assurément beaucoup plus libérales que celles du Code civil français.

A. — Femmes mariées

Le Code civil suisse ne pose aucune règle spéciale relative à la capacité nécessaire à la femme pour plaider en divorce. On doit cependant déduire du texte de l'article 168, ainsi conçu : « la femme, quel que soit son régime matrimonial, est capable d'ester en justice », cette conséquence que la femme mariée n'a besoin d'aucune autorisation spéciale pour intenter contre son mari une action en divorce. Elle n'est pas obligé non

(1) Voyez sur l'organisation judiciaire fédérale, la loi fédérale du 22 mars 1893 modifiée par les lois des 6 octobre 1911 et 25 juin 1921 ; sur la procédure à suivre devant le Tribunal fédéral, la loi fédérale du 22 novembre 1850.

plus de présenter à une autorité judiciaire quelconque une requête en ce sens. Il lui suffira de procéder selon les règles posées par les législations cantonales en cette matière (1).

B. — Mineurs et interdits

La question de l'existence d'actions strictement personnelles, dans lesquelles les représentants ordinaires du mineur et de l'interdit ne peuvent agir aux lieu et place de ceux-ci, est une des plus importantes qui se posent en législation: Et l'action en divorce étant peut-être le type de ces actions, — car nulle question ne peut toucher de plus près le mineur ou l'interdit, sauf peut-être la reconnaissance d'un enfant naturel, — il est intéressant d'indiquer avec quelques détails les solutions, à notre avis particulièrement heureuses, données à cette question par le Code civil suisse.

a) En ce qui concerne tout d'abord les *mineurs*, le Code civil suisse prend une mesure radicale: son article 14 dispose en effet: « *La majorité est fixée à vingt ans révolus; le mariage rend majeur.* » Et l'article 96 dispose: « *L'homme avant vingt ans révolus, la femme avant dix-huit ans ne peuvent contracter mariage.* » Donc, relativement au mineur, la question de la capacité d'agir en divorce ne se pose plus: puisque le mariage rend majeur et que le majeur peut librement user de ses droits, tout homme ou femme marié pourra, sans aucune assistance, intenter une action en divorce. Il en sera d'ailleurs de même dans le cas exceptionnel où le mariage que l'on veut faire dissoudre aurait été contracté, en vertu d'une permission spéciale du Gouvernement

(1) Voyez ci-après, § 3 et ss.

cantonal, par un homme âgé de dix-huit ans révolus, ou une femme de dix-sept ans révolus, avec autorisation des parents ou du tuteur, car alors encore le mariage a rendu l'époux majeur et par conséquent capable d'exercer tous ses droits.

b) En ce qui concerne les *interdits*, le Code civil suisse fait une distinction qui nous paraît très heureuse entre les interdits capables de discernement et ceux qui ne le sont pas.

Mais que faut-il entendre par cette expression « capable de discernement » ? La réponse est donnée par l'art. 16 du Code civil qui déclare : « *Toute personne qui n'est pas dépourvue de la faculté d'agir raisonnablement à cause de son jeune âge, ou qui n'en est pas privée par suite de maladie mentale, de faiblesse d'esprit, d'ivresse ou d'autres causes semblables, est capable de discerner dans le sens de la présente loi.* »

Les incapables qui entrent dans cette catégorie, quelle que soit d'ailleurs la cause de leur interdiction (prodigalité, faiblesse d'esprit, maladie mentale), n'ont pas besoin du consentement de leur représentant légal pour exercer des droits strictement personnels, et nous savons que l'exercice de l'action en divorce est le type de ces droits. C'est ce que déclare formellement l'article 19 : « *Les interdits capables de discernement n'ont pas besoin du consentement de leur représentant légal pour exercer des droits strictement personnels.* » Un interdit, capable de discernement, pourra donc intenter une action en divorce ou y défendre, sans avoir besoin d'une autorisation quelconque.

Mais il n'en va pas de même en ce qui concerne les interdits incapables de discernement. Quelle sera leur situation ?

Il semble qu'il faille décider que le tuteur pourra agir aux lieu et place de son pupille (1). C'est du moins la solution qui paraît résulter des dispositions très générales de l'art. 407 qui déclare : « *Le tuteur représente son pupille dans tous les actes civils, sous réserve du concours des autorités de tutelle.* » L'action en divorce est évidemment un de ces actes civils.

Cependant, un arrêt du Tribunal fédéral du 29 septembre 1915 (2) a déclaré que « le tuteur ne peut exercer à la place de son pupille les droits strictement personnels prévus à l'art. 19, al. 2, et cela même avec l'autorisation de l'autorité de tutelle ». Sans doute cet art. 19 al. 2 vise-t-il seulement les mineurs et interdits capables de discernement, mais la décision du Tribunal fédéral ne paraît pas faire de distinction. On pourrait donc conclure que le tuteur ne saurait intenter une action en divorce aux lieu et place de son pupille incapable de discernement. Mais pourrait-il y défendre ? Pas davantage, sans doute. Cette solution paraît toutefois bien rigoureuse et peu en harmonie avec l'esprit libéral dont fait preuve en général le Code civil suisse.

C. — Epoux étrangers

Ce Code reconnaît à des époux de nationalité étrangère le droit d'intenter une action en divorce devant les tribunaux suisses. Mais cette demande ne sera déclarée recevable que si l'époux qui demande le divorce établit que les lois ou la jurisprudence de son pays d'origine

(1) C'est l'opinion de MM. Rossel et Mentha : Manuel, t. I, p. 210.

(2) *Journal des tribunaux*, 1916, p. 204.

admettent la cause de divorce invoquée et reconnaissent la juridiction suisse (1).

L'art. 61 du Titre final précise d'ailleurs que la cause de divorce qui date d'une époque où les conjoints étaient régis par une loi différente de leur loi actuelle ne peut être invoquée que si elle est consacrée aussi par la législation sous laquelle cette cause s'est produite.

Lorsque les conditions ainsi déterminées se trouvent remplies, le divorce des époux étrangers est prononcé selon la loi suisse.

Ajoutons que les époux suisses domiciliés à l'étranger, qui introduisent une demande en divorce devant le tribunal de leur domicile, ne sont pas exposés à voir leur divorce considéré comme nul et non avenue s'ils rentrent plus tard en Suisse ; c'est ce qui ressort d'une prescription de l'art. 61 du Titre final disposant que le divorce régulièrement prononcé hors du territoire suisse est reconnu comme valable quoique ne répondant pas aux exigences de la législation fédérale (2).

§ 2. Tribunal compétent

Contrairement aux dispositions du Code civil français en la matière, le tribunal compétent en Suisse pour connaître d'une action en divorce est celui du domicile de la partie demanderesse. C'est la solution donnée par l'article 144 du Code civil suisse (3). Ce sera donc normalement le tribunal du domicile conjugal qui sera compé-

(1) C. C. S., Titre final, art. 61, n° 7 g, al. 2.

(2) Voyez le texte de cet art. ci-dessous, p. 74, note 4.

(3) Art. 144 : « Le juge compétent est celui du domicile de la partie demanderesse. »

tent. Mais il n'en sera pas toujours ainsi; il peut arriver, en effet, que l'un des époux ait obtenu la permission d'avoir une demeure séparée dans les termes de l'article 170 (1). Suivant donc que l'homme ou la femme auront obtenu cette permission, le tribunal compétent pourra changer.

Si les deux époux demandent le divorce, le tribunal compétent sera déterminé par la demande qui sera intentée la première (2).

Si la demande en divorce a lieu postérieurement au prononcé d'une séparation de corps, le juge compétent est celui du domicile de la partie qui requiert le divorce et non celui qui a prononcé la séparation (3).

Enfin, si le divorce est demandé par des époux suisses habitant l'étranger, ou par des époux étrangers domiciliés en Suisse, c'est l'art. 61 du Titre final du Code civil qui doit recevoir application (4).

(1) Art. 170: « Un époux peut avoir une demeure séparée aussi longtemps que sa santé, sa réputation ou la prospérité de ses affaires sont gravement menacées par la vie en commun. »

(2) C'est ce qu'a décidé un arrêt du T. F. du 25 mai 1916 (*Sem. jud.*, 1917, p. 258).

(3) Arrêt du T. F. du 25 mai 1916 (*Journ. des Trib.*, 1916, p. 505).

(4) Art. 61, n° 7g: « Le conjoint suisse habitant l'étranger peut intenter une action en divorce devant le juge de son lieu d'origine. Dans ce cas, les règles de la loi suisse sont seules applicables. Lorsque le divorce d'époux suisses habitant l'étranger a été prononcé par le juge qui est compétent aux termes de la loi de leur domicile, le divorce est reconnu en Suisse, même s'il ne répond pas aux exigences de la législation fédérale. »

Art. 61, n° 7h: « Un époux étranger qui habite la Suisse a le droit d'intenter son action en divorce devant le juge de son domicile. »

§ 3. Introduction de la demande et tentative
de conciliation

La plupart des législations européennes attachent une grande importance à cette question. Le Code civil français, en particulier, décrit avec soin les formalités diverses que doit remplir l'époux demandeur en divorce avant de pouvoir porter sa demande devant le tribunal chargé de la juger. Les deux législations cantonales que nous étudions ont adopté à cet égard une solution différente.

La loi de procédure du canton de St-Gall ne précise pas la manière dont la demande en divorce doit être introduite. Elle se contente de dire que les époux doivent se présenter en personne au bureau de conciliation, lequel est d'ailleurs en l'espèce celui du juge conciliateur dont il a été parlé plus haut (1). Elle dispose qu'ici, comme dans les autres procédures, si les parties ou l'une d'elles se trouvent empêchées de comparaître personnellement par suite de maladie ou de longue absence, elles peuvent être dispensées de se présenter elles-mêmes au bureau de conciliation (2).

La loi ajoute que si la tentative de conciliation n'aboutit pas, il est recommandé aux parties de s'entendre tout au moins sur les effets accessoires du divorce, s'il est plus tard prononcé. Cette convention, qui devra être approuvée par le juge, règlera le sort des enfants, la restitution des biens des époux, l'indemnité due par l'un à l'autre (3).

(1) V. ci-dessus, p. 67.

(2) St-Gall, loi introd. C. C. S., art. 61, al. 1 et 2.

(3) Id., art. 61, al. 3.

La loi de procédure civile du canton de Genève est beaucoup plus explicite; elle donne d'ailleurs des solutions très analogues à celles du Code civil français.

Il résulte, en effet, de l'article 434 de la loi du 13 octobre 1920 que l'époux demandeur principal en divorce doit présenter en personne au président du tribunal, qui, on l'a vu (1), remplace ici le juge de paix d'ordinaire compétent en matière d'essai de conciliation, un projet d'acte d'ajournement dans lequel doivent être énumérés en détail les faits susceptibles de motiver la demande avec les pièces à l'appui, s'il y en a (2).

Le président, après avoir entendu le demandeur et lui avoir fait les observations qu'il croira convenables, doit, si celui-ci ne renonce pas à sa demande, convoquer par lettre officielle les deux époux à comparaître personnellement en la Chambre du Conseil, au jour et à l'heure par lui indiqués (3).

Les deux époux se présentent-ils, le président leur fera les représentations qu'il estime propres à opérer un rapprochement. S'il réussit, tout sera arrêté. Mais s'il échoue, ce qui sera malheureusement le cas le plus fréquent, par ordonnance en marge du projet d'acte d'ajournement, tout en faisant mention dans son ordonnance de la comparution du défendeur, il autorisera le demandeur à assigner en divorce devant le tribunal (4).

Si le demandeur comparait seul, le président rendra, en marge du projet d'acte d'ajournement, une ordonnance portant que l'époux contre lequel le divorce est demandé

(1) V. ci-dessus, Ch. II, § 3, p. 75.

(2) Genève, loi procéd. civ., art. 434, al. 1.

(3) Id., art. 434, al. 2.

(4) Genève, loi procéd. civ., art. 443, al. 3.

sera cité à comparaître en personne, en la Chambre du Conseil, au jour et à l'heure fixés à nouveau par le président, pour se concilier sur la demande en divorce (1). Un extrait de l'ordonnance doit être inséré dans la «Feuille d'avis officielle» (2).

Les deux époux se présentent-ils au jour indiqué par l'acte de citation, une nouvelle tentative de conciliation aura lieu par les soins du président. Si le demandeur seul se présente, le président rendra en marge du projet d'acte d'ajournement une seconde ordonnance portant permission d'assigner en divorce. Cette assignation devant le tribunal devra être signifiée dans un délai maximum de six semaines à dater du jour de l'autorisation. Le président pourra d'ailleurs prescrire que la signification ne pourra être faite avant l'expiration d'un délai de quinze jours à partir de la date de l'ordonnance (3).

Signalons enfin que le président peut toujours, pour des motifs graves tels par exemple que la maladie, dispenser le demandeur de comparaître en personne, soit pour présenter l'acte d'ajournement, soit à l'essai préalable de conciliation (4) et que la tentative de conciliation ne doit pas avoir lieu, si la demande est basée sur l'aliénation mentale de l'époux contre lequel le divorce est demandé (5).

(1) Genève, loi procéd. civ., art. 435.

(2) Journal officiel de la République et Canton de Genève.

(3) Genève, loi de procéd. civ., art. 436.

(4) Id., art. 60, al. 1 et 2.

(5) Id., art. 50-3°.

§ 4. Mesures provisoires

Il est évident que, lorsqu'une action en divorce est introduite, elle vient jeter le trouble non seulement dans les rapports réciproques des conjoints, mais encore dans leurs rapports avec leurs enfants et leurs biens. Il faut donc de toute nécessité prendre dès l'instant de la demande toutes les mesures susceptibles de sauvegarder les intérêts tant des époux que des enfants issus du mariage. Tel est le but poursuivi par le législateur, quand il prescrit au juge, saisi d'une demande en divorce, de prendre dès le début de l'instance les mesures nécessitées par les circonstances.

Ces mesures, mentionnées par l'art. 145 du Code civil, qui a mission de les ordonner?

L'autorité compétente n'est pas la même dans les deux législations.

La loi du canton de St-Gall dit que le président du tribunal de district est compétent pour les prescrire (1). La loi du canton de Genève donne une solution identique, mais exclut de la compétence du président du tribunal les mesures provisoires relatives à la garde des enfants et à la pension alimentaire qui peut être nécessitée par l'état de fortune de l'un ou de l'autre des conjoints appelés à vivre désormais séparés. Seule la désignation d'un domicile particulier à l'un des époux, quand cela est reconnu nécessaire, et les mesures relatives à la conservation des biens des époux, rentrent dans sa compétence (2). Le tribunal est compétent pour les déci-

(1) St-Gall, loi introd. C. C. S., art. 2.

(2) Genève, loi applic. C. C. S., art. 3-3°.

sions que l'on ne reconnaît pas au président le droit de prendre.

Quelles sont donc ces mesures provisoires ?

L'art. 145 du Code civil nous dit que : « *Le juge prend, après l'introduction de la demande, les mesures provisoires nécessaires, notamment en ce qui concerne la demeure et l'entretien de la femme, les intérêts pécuniaires des époux et la garde des enfants.* »

C'est, en effet, sur ces divers points qu'il importe le plus qu'une prompte solution intervienne, afin que les intérêts des parties, qui seront la plupart du temps contradictoires, soient tous complètement sauvegardés. Ces mesures seront différentes suivant la situation de fortune des époux, leur situation de famille, le fait qui motive la demande en divorce, l'existence ou l'absence d'enfants. C'est au juge qu'il appartient de décider quelles sont les mesures les plus propres à atteindre le but visé, qui est la sauvegarde des intérêts des parties, époux et enfants.

Mais ces mesures, qui peuvent léser gravement les intérêts de l'une des parties, seront-elles définitives ?

La loi du canton de St-Gall (1) pose en principe que les mesures provisoires, une fois ordonnées, restent en vigueur pendant toute la durée du procès. Mais elle ajoute qu'exceptionnellement ces mesures peuvent, lorsqu'une modification des circonstances le réclame, être modifiées par l'autorité qui les a ordonnées. La loi du canton de Genève ne donne pas tout à fait la même solution ; elle indique que les mesures provisoires prises

(1) St-Gall, loi introd. C. C., art. 62.

par le président du tribunal ou par le tribunal lui-même, suivant les cas, sont susceptibles d'opposition (1).

Sur l'opposition, les mesures provisoires seront, suivant les circonstances, maintenues, modifiées ou révoquées (2). On obtient en somme, par des voies différentes, des résultats identiques.

Reste, en ce qui concerne les mesures provisoires, une dernière question. Ces mesures sont-elles susceptibles d'un recours à l'autorité judiciaire supérieure, peuvent-elles être frappées d'appel? Aucune des deux lois de procédure que nous étudions ne contient de disposition permettant de supposer que l'appel est ici permis. En effet, on nous dit bien que les jugements et ordonnances préparatoires sont susceptibles d'appel; mais on ajoute immédiatement qu'ils ne le sont qu'avec le jugement sur le fond, ce qui aboutit à exclure la possibilité d'un appel particulier (3).

Quant au recours au Tribunal fédéral, le bon sens indique qu'on ne saurait l'admettre contre des mesures qui ne souffrent pas de délai et qui ne sont utiles que si elles peuvent être prescrites en dernier ressort par le juge saisi du litige.

§ 5. Procédure devant le tribunal

Les prescriptions relatives à la procédure devant le tribunal (4) sont sensiblement les mêmes dans nos deux législations.

(1) Genève, loi applic. C. C., art. 6.

(2) Genève, loi procéd. civ., art. 22.

(3) Genève, loi procéd. civ., art. 342, et St-Gall, introd. C. C., art. 62, al. 3.

(4) Je rappelle que dans le canton de St-Gall le tribunal compétent pour connaître de la demande en divorce est le tribunal de

Toutes deux prescrivent, en effet, d'abord que les parties doivent comparaître en personne à l'audience du tribunal qui a été désignée; cependant elles peuvent, comme lors de l'essai préalable de conciliation, obtenir du président du tribunal une dispense pour maladie, longue absence ou autres raisons sérieuses (1).

Suivant la loi du canton de St-Gall, les débats dans les instances en divorce ont toujours lieu à huis clos (2). A Genève, au contraire, les débats se poursuivent, comme en France, en audience publique, à moins que le tribunal n'en ordonne autrement (3).

Si les faits exposés par les parties ne lui paraissent pas constituer une des causes de divorce prévues par le Code civil, le juge pourra ordonner une enquête. Cette enquête est obligatoire d'après la loi du canton de St-Gall (4); elle est facultative au contraire pour le juge, d'après la loi du canton de Genève (5).

Les règles relatives à la procédure de l'enquête ne diffèrent que très peu, dans les deux lois. St-Gall prescrit que l'enquête aura lieu devant un juge-commissaire, qui a pour mission d'entendre les parties et les différents témoins que l'une ou l'autre partie peut citer (6). Genève décide que l'enquête se poursuit devant le tribunal siégeant en Chambre du Conseil. Les deux législations stipulent

district du domicile du demandeur, et à Genève le tribunal de 1^{re} instance.

(1) St-Gall, loi introd. C. C., art. 66, al. 2, et Genève, loi procéd. civ., art. 438, al. 2.

(2) St-Gall, loi introd. C. C., art. 66, al. 1.

(3) Genève, loi procéd. civ., art. 176, dernier alinéa.

(4) St-Gall, loi introd. C. C., art. 60.

(5) Genève, loi procéd. civ., art. 171.

(6) St-Gall, loi introd. C. C., art. 21 et ss.

que les déclarations des parties doivent être consignées dans un procès-verbal (1).

Quant aux témoins que les parties peuvent faire entendre, nous trouvons ici des dérogations notables aux règles ordinaires de la preuve par témoins ; c'est ainsi que, contrairement à ce qui a lieu dans la procédure ordinaire d'enquête, les parties peuvent faire entendre comme témoins leurs parents et leurs domestiques, avec certaines restrictions et réserves cependant. D'après la loi de Genève, les descendants ne peuvent jamais être entendus comme témoins dans une enquête relative à un divorce (2). La loi de St-Gall décide que les enfants légitimes, les parents et grands-parents des époux, ainsi que les personnes qui, en raison de leur profession ou de leurs fonctions, sont tenues au secret professionnel, peuvent refuser leur témoignage (3).

Il faut ajouter que le serment ne peut être déféré sur les faits qui sont indiqués à l'appui d'une demande en divorce ni à l'une ni à l'autre des parties (4). Et de même il va de soi que les déclarations des conjoints, de quelque nature qu'elles puissent être, ne lient pas le juge et que celui-ci apprécie librement les preuves qui lui sont soumises (5).

Une fois l'enquête terminée, l'affaire revient à l'audience ordinaire du tribunal. Si les parties sont assistées d'avocats, les plaidoiries ont lieu, la cause est mise

(1) St-Gall, loi introd. C. C., art. 21, et Genève, loi procéd. civ., art. 177.

(2) Genève, loi procéd. civ., art. 225 et 226.

(3) St-Gall, loi introd. C. C., art. 65.

(4) C. C. S., art. 158, n° 2.

(5) C. C. S., art. 158, nos 3 et 4.

en délibéré et le jugement est rendu soit sur l'audience, soit à une audience ultérieure.

§ 6. Jugement

L'art. 141, al. 1, dit que : « *Le juge est tenu, lorsqu'une cause de divorce est établie, de prononcer le divorce ou la séparation de corps.* »

Nous nous trouvons ici en présence d'une disposition très spéciale, qui n'existe, croyons-nous, dans aucune autre législation. C'est une limitation tout à fait remarquable de la liberté presque absolue reconnue au juge par le Code civil suisse en matière de divorce. Ce Code laisse au juge, nous l'avons vu, une très grande liberté dans l'appréciation qu'il doit faire de l'existence ou de la non-existence d'une cause de divorce. Mais, une fois que celle-ci lui paraît exister réellement, il n'a pas à choisir : il lui faut prononcer le divorce ou la séparation de corps.

Dans quelles conditions ? Il lui est interdit de prononcer le divorce, si l'action ne tend qu'à la séparation de corps, et, lorsque l'action tend au divorce, il ne peut prononcer la séparation de corps que si la réconciliation paraît probable (1). En conformité de ces dispositions, il a été décidé par le Tribunal fédéral :

a) Que si l'action tend seulement à la séparation de corps, le juge ne peut prononcer le divorce, encore que toute réconciliation apparaisse impossible (2) ;

b) Que si le demandeur, au cours du procès, transforme sa demande en séparation en une demande en divorce, le juge doit tenir compte des conclusions prises

(1) C. C., art. 146, al. 2 et 3.

(2) Arrêt du 30 septembre 1914, R. O., 1914, II, p. 440.

en dernier lieu, malgré toute disposition contraire de la loi de procédure cantonale (1) ;

c) Qu'il ne suffit pas, pour que le juge puisse prononcer la séparation de corps à la place du divorce, que la réconciliation apparaisse comme possible, mais qu'il faut qu'elle soit probable (2).

Après avoir ainsi prononcé le divorce ou la séparation de corps, le juge règlera les effets du divorce ou de la séparation de corps, effets que nous étudierons plus loin (3).

Tout dispositif de jugement doit, en général, dans les trois jours de son prononcé, être communiqué d'office aux parties par le greffe du tribunal, par lettre recommandée, dispose la loi de procédure du canton de Genève (4).

Mais ici cette communication ne suffit pas ; il faut de plus que le jugement de divorce soit signifié dans les trois mois de sa date, à peine de nullité. Les deux parties peuvent d'ailleurs faire procéder à cette signification. L'original de l'acte de signification doit être, à peine de nullité, représenté dans les dix jours au greffier du tribunal. Le greffier doit viser cet original, et en faire mention en marge de la minute du jugement, en indiquant la date de la signification et le nom de l'huissier (5).

La loi du canton de St-Gall ne fixe pas de délai pour

(1) Arrêt du 2 juin 1915, R. O., 1915, II, p. 198.

(2) Même arrêt.

(3) V. ci-dessous, Chap. III, pour les effets du divorce, et Chap. IV, § 3, pour les effets de la séparation de corps.

(4) Genève, loi procéd. civ., art. 115.

(5) Genève, loi procéd. civ., art. 439.

la signification des jugements de divorce ; elle se contente de dire que cette signification, ou plutôt cette communication, doit être faite verbalement aux parties si elles sont présentes, et par écrit si elles sont absentes (1).

En ce qui concerne la signification des jugements de défaut, la loi de Genève est muette ; la loi de St-Gall, au contraire, prescrit que les jugements qui ne peuvent pas être communiqués aux parties, selon la forme ordinaire, doivent faire l'objet d'une publication par la voie de la presse (2).

§ 7. — Voies de recours

Si le jugement prononçant le divorce a été rendu par défaut, une voie de recours est ouverte à celui qui s'estime injustement condamné et qui veut en appeler du tribunal mal informé au tribunal mieux informé : c'est l'opposition.

Cette voie de recours est expressément accordée au défaillant par la loi de procédure du canton de Genève dans son article 440. L'opposition devra être faite dans les vingt jours de la signification du jugement (3). L'acte d'opposition doit être visé par le greffier du tribunal dans ce délai de vingt jours (4). L'opposition suspend de plein droit l'exécution du jugement (5).

La loi du canton de St-Gall connaît, elle aussi, l'opposition (6), et, conformément à ce qui a lieu pour les

(1) St-Gall, loi procéd. civ., art. 118.

(2) St-Gall, loi procéd. civ., art. 120.

(3) Genève, loi procéd. civ., art. 143.

(4) Genève, loi procéd. civ., art. 440.

(5) Genève, loi procéd. civ., art. 149.

(6) St-Gall, loi procéd. civ., art. 324 et ss.

autres jugements de défaut, un délai maximum d'un mois peut être accordé par le jugement prononcé par défaut pour exercer cette voie de recours (1).

Mais ce moyen de recours n'est pas toujours admis. Il faut, en effet, que l'opposant puisse établir :

1° Ou bien que la citation n'a pas été faite dans les formes prescrites par la loi, ou qu'elle ne lui a pas été remise en temps utile pour qu'il puisse lui donner suite ;

2° Ou bien qu'il avait des motifs suffisamment graves à faire valoir pour ne pas paraître aux débats (2).

Mais l'opposition n'est pas la seule voie de recours prévue par nos deux lois.

L'art. 441 de la loi de procédure civile du canton de Genève dispose, en effet, que « l'époux contre lequel le divorce ou la séparation de corps a été prononcé par défaut pourra appeler de ce jugement, dès l'expiration des délais d'opposition. Il ne pourra pas le faire après vingt jours dès cette expiration ».

L'époux défaillant pourra donc faire appel du jugement de défaut rendu contre lui. Mais il n'est pas le seul à pouvoir faire appel. L'époux qui s'est défendu et qui a été condamné peut lui aussi relever appel du jugement qui l'a condamné. Un délai de vingt jours lui est imparti pour cela (3). L'acte d'appel devra être visé par le greffier de la Cour de justice dans ce délai, faute de quoi l'appel serait inopérant (4). La procédure à suivre devant la Cour ne diffère pas de la procédure ordinairement suivie devant cette juridiction.

(1) St-Gall, loi procéd. civ., art. 364.

(2) St-Gall, loi procéd. civ., art. 324.

(3) Genève, loi procéd. civ., art. 343.

(4) Genève, loi procéd. civ., art. 441.

La loi de procédure du canton de St-Gall admet aussi l'appel. Celui-ci doit être interjeté dans un délai de vingt jours à partir de la signification du jugement (1). Cet appel est jugé dans les formes ordinaires de la procédure devant le Tribunal cantonal.

Mais l'opposition et l'appel ne sont pas les seules voies de recours prévues par la législation suisse. Il en existe, en effet, dans nos deux lois une troisième : c'est la révision (2), moyen analogue à notre requête civile, mais plus facilement accordée que celle-ci. Ce moyen est admis par la loi du canton de St-Gall (3), dans quatre cas :

1° Si le juge a commis une erreur dont le demandeur en révision peut apporter la preuve et qui porte sur un point de fait d'une importance décisive ;

2° Si le demandeur fait état de faits nouveaux ou de nouveaux moyens de preuve qu'il ne connaissait pas au moment du procès ou qu'il n'avait pas pu faire valoir par suite de circonstances indépendantes de sa volonté ;

3° Si, au cours d'une procédure pénale, il est prouvé ou tout au moins rendu très vraisemblable que le jugement du tribunal a été influencé par des manœuvres dolosives du demandeur (4) ;

4° Spécialement, en matière de divorce, si une partie n'a pas comparu à l'audience pour laquelle elle avait été

(1) St-Gall, loi procéd. civ., art. 303.

(2) St-Gall, loi procéd. civ., art. 317 à 323 ; Genève, loi procéd. civ., art. 316 à 337.

(3) St-Gall, loi procéd. civ., art. 318.

(4) St-Gall, loi procéd. civ., art. 318.

assignée ou lorsqu'elle n'a pas pu soutenir sa demande et que celle-ci a été repoussée (1).

Ajoutons d'ailleurs que cette voie de recours est exclue, lorsque l'un des époux s'est remarié dans le laps de temps qui s'est écoulé entre le prononcé du divorce et l'introduction de la demande en révision (2).

Le délai fixé pour introduire la demande varie d'ailleurs suivant la nature du motif qui est invoqué pour la faire admettre (3).

La loi de procédure du canton de Genève connaît aussi la révision et dans des cas encore plus nombreux que la loi du canton de St-Gall (4).

Il y aura lieu à révision du jugement, notamment dans les cas suivants :

- 1° S'il y a contrariété dans ses dispositions ;
- 2° S'il a été prononcé sur choses non demandées ;
- 3° Si, depuis le prononcé, il a été recouvré des pièces décisives, retenues par une circonstance de force majeure, ou par le fait de la partie qui aura obtenu le jugement ;
- 4° Si le jugement a été obtenu par surprise ou machination frauduleuse.

Le délai imparti pour l'introduction de la demande est suivant le cas de 20 jours ou de 60 jours, depuis la signification du jugement (5).

(1) St-Gall, loi introd. C. C., art. 68.

(2) St-Gall, loi introd. C. C., art. 68 *in fine*.

(3) St-Gall, loi procéd. civ., art. 319 : Le délai est de 30 jours, dans le cas prévu au 1° et au 4° ; de 10 jours dans le cas du 2° ; enfin, il n'y a pas de délai dans le cas du 3°.

(4) Genève, loi procéd. civ., art. 316 à 337.

(5) Genève, loi procéd. civ., art. 323, 324 et 325.

Enfin, à côté de ces diverses voies de recours, très nombreuses, comme on le voit, il y a le recours au Tribunal fédéral, admis, comme nous l'avons dit, contre les décisions de la dernière instance cantonale et destiné à assurer, dans les matières régies par les lois fédérales, l'uniformité la plus complète possible dans l'application de la loi. Le recours est admis contre les jugements relatifs au divorce dans les conditions ordinaires (1).

§ 8. Publicité et transcription de la décision

La décision qui a prononcé le divorce une fois devenue définitive, des mesures de publicité s'imposent, car cette décision intéresse un grand nombre de personnes.

Cependant la loi du canton de St-Gall ne prévoit aucune mesure spéciale pour assurer cette publicité et s'en rapporte sur ce point aux dispositions générales de l'Ordonnance fédérale du 25 février 1910 sur les registres de l'état civil. Cette ordonnance dispose dans son article 31 : « Les jugements prononçant le divorce ou la nullité du mariage sont, aussitôt devenus définitifs, communiqués par le tribunal en extraits légalisés à l'officier de l'état civil qui a célébré le mariage, aux officiers de l'état civil du lieu d'origine et du domicile, en Suisse, lors de la célébration du mariage ; ils sont transcrits par les bureaux de l'état civil en marge de l'acte de mariage, avec la date de l'entrée en force. Pour les jugements prononçant le divorce, la mention en marge indiquera le délai imposé à l'époux coupable (2). »

(1) Voyez ci-dessus, Chap. II, p. 68.

(2) Avant de pouvoir contracter un nouveau mariage.

Quant aux jugements de divorce prononcés à l'étranger, ils seront également transcrits sur les registres, avec l'autorisation de l'autorité qui en a la surveillance (1).

La loi de procédure du canton de Genève est beaucoup plus explicite (2). Elle dispose, dans son article 442, que le greffier du tribunal doit, dans les cinq jours qui suivent l'expiration du délai d'appel et sur le vu d'un certificat de non-appel délivré par le greffier de la Cour de justice, transmettre à l'officier de l'état civil compétent et au bureau cantonal de l'état civil un extrait certifié conforme du dispositif du jugement prononçant le divorce, pour que mention en soit faite en marge de l'acte de mariage.

Le même article dispose que, si le divorce est prononcé par arrêt, cette transmission sera faite par le greffier de la Cour de justice, au plus tard dans les cinq jours qui suivent l'expiration du délai fixé par la loi fédérale sur l'organisation judiciaire pour le recours au Tribunal fédéral.

Cet article décide enfin que, s'il y a recours au Tribunal fédéral, le greffier ne doit transmettre l'extrait de l'arrêt qu'après sa confirmation ou le rejet du recours et dans les cinq jours de la communication qui lui sera faite de la décision du Tribunal fédéral. Au reçu de cet extrait, l'officier de l'état civil doit immédiatement inscrire en marge de l'acte de mariage le jugement prononçant le divorce et l'annoncer dans la Feuille d'avis officielle. Il doit, en outre, transmettre une copie de cette pièce au

(1) Ordonnance du 25 février 1910, art. 36 et 37.

(2) Genève, loi procéd. civ., art 442 à 444.

bureau cantonal de l'état civil qui le communiquera aux officiers de l'état civil du lieu d'origine des époux et du lieu de la célébration du mariage.

L'art. 444 dispose enfin que les jugements de divorce prononcés dans un autre canton ne seront inscrits sur les registres de l'état civil qu'après avoir été présentés au procureur général près la Cour de justice et vus par lui. Ce magistrat devra d'ailleurs, au préalable, vérifier s'ils sont passés en force de chose jugée.

CHAPITRE III

EFFETS DU DIVORCE

C'est au sujet des effets du divorce que le Code civil de 1912 a apporté les modifications les plus profondes à la législation antérieure. En effet, comme nous avons essayé de le montrer dans notre Introduction, la loi du 24 décembre 1874 n'avait rien changé aux dispositions des législations cantonales qui réglementaient la matière et les règles prévues par elles étaient aussi variées que minutieusement déterminées (1).

Le nouveau Code civil a abrogé toutes ces dispositions législatives et les a remplacées par des dispositions identiques pour toute l'étendue du territoire suisse. Ce sont ces dispositions, contenues dans les articles 149 et suivants de ce Code, que nous allons étudier.

Notre étude comportera tout naturellement quatre sections. Dans la première, nous examinerons les effets

(1) Voyez sur ce point: Introduction, p. 27 et ss., et Hübér, *op. cit.*, t. I, p. 221 et ss.

du divorce relativement aux époux eux-mêmes ; une deuxième section sera consacrée aux effets du divorce quant aux enfants ; une troisième, aux effets du divorce quant aux biens ; la quatrième, enfin, aux indemnités que l'époux coupable d'avoir provoqué le divorce peut être obligé de verser à son conjoint pour le dédommager des conséquences fâcheuses que le jugement de divorce risque de produire à son égard.

SECTION I

Effets du divorce quant à la personne des époux

Certains de ces effets sont communs aux deux époux, d'autres sont relatifs à la condition de la femme divorcée.

§ 1. Effets communs aux deux époux

L'effet principal du divorce est la dissolution complète du lien conjugal ; les époux redeviennent entièrement maîtres de leur personne et de leurs biens. Ils peuvent donc se remarier, mais non pas toujours immédiatement. C'est ce qui résulte de la comparaison des articles 103, 104 et 150 de notre Code.

L'art. 150 est particulièrement précis ; il dispose : *« En prononçant le divorce, le juge fixe un délai d'un an au moins, de deux ans au plus pendant lequel la partie coupable ne pourra se remarier ; en cas de divorce prononcé pour cause d'adultère, le délai peut être étendu à trois ans. »*

Ce texte, emprunté à la loi fédérale de 1874 (1), produit une conséquence assez singulière : il met le juge dans l'obligation de voir un coupable dans l'un des deux époux ; c'est à celui-là seul qu'il imposera le délai prévu par l'art. 150. Quand tous les torts seront d'un côté, la tâche du juge ne sera pas très malaisée ; mais que se passera-t-il si les torts des deux époux sont équivalents, par exemple quand le divorce sera prononcé pour cause indéterminée ? Il faudra admettre une sorte de compensation des torts et l'art. 150 ne s'appliquera pas (2).

Le délai ainsi imposé en quelque sorte à titre de peine dont l'efficacité peut d'ailleurs paraître douteuse, est distinct d'un autre délai prévu par l'art. 103 ainsi conçu : « *La veuve, l'épouse divorcée, la femme dont le mariage a été déclaré nul, ne peuvent se remarier avant l'expiration de trois cents jours à partir de la dissolution ou de l'annulation du précédent mariage.* » Ce délai est en réalité un délai de viduité, seul prévu par le Code civil français (3). Il prend d'ailleurs fin en cas d'accouchement et le juge peut l'abréger lorsqu'il n'est pas possible, par suite des circonstances, que la femme soit enceinte des œuvres de son mari, ou lorsque des époux divorcés se remarient ensemble (4).

Il n'est pas permis à l'époux divorcé de se remarier pendant le délai qui lui a été imposé à titre de peine dans les conditions prévues par l'article 150. Cependant

(1) Loi fédérale du 24 décembre 1874, art. 48, al. 1 et 2.

(2) C'est au moins l'opinion de MM. Rossel et Mentha : Manuel de Droit civil suisse, p. 209-220. — Il n'y a pas de jurisprudence sur la question.

(3) C. C. fr., art. 228.

(4) Art. 103, al. 2 et 3.

un mariage contracté avant l'expiration d'un tel délai ne pourrait être déclaré nul (1).

Ce délai peut d'ailleurs, comme le délai de l'art. 103, être lui aussi abrégé par le juge, mais seulement si des époux divorcés se remarient ensemble (2).

Le délai ne court que du jour où le jugement est devenu définitif. On n'impute pas sur sa durée le temps pendant lequel le procès s'est poursuivi, et cela même si les époux ont vécu séparés. Cependant la durée de la séparation de corps prononcée par le juge est comprise dans ce délai (3). Quelle qu'ait été, au reste, la durée de la séparation de corps, le temps qui s'est écoulé entre le jugement qui l'a prononcée et celui qui a prononcé le divorce, profite à l'époux coupable et vient en déduction du temps pendant lequel il lui est interdit de convoler en secondes noces.

Il faut remarquer d'ailleurs que si le juge peut ainsi imposer aux époux, à titre de peine, un délai pendant lequel il ne leur est pas loisible de se remarier, rien ne les empêche, une fois le délai écoulé, de se remarier entre eux, puis de divorcer de nouveau. Il n'y a dans le Code civil de 1912 aucune prohibition pareille à celle qui existait dans le Code civil français avant la loi du 5 avril 1919 (4).

Il n'existe pas davantage de disposition interdisant à

(1) Art. 130.

(2) Art. 104, al. 2.

(3) Art. 150, al. 2.

(4) Art. 295, al. 3 abrogé par la loi du 5 avril 1919 : « Après la réunion des époux il ne sera reçu de leur part aucune nouvelle demande de divorce pour quelque cause que ce soit autre que celle d'une condamnation à une peine afflictive et infamante prononcée contre l'un d'eux depuis leur réunion. »

l'époux coupable d'adultère d'épouser son complice. La seule peine que l'on puisse lui infliger est un délai d'attente qui peut être, dans ce cas, porté à trois ans (1).

Si le divorce met ainsi fin à l'union conjugale et permet aux époux de se remarier, il ne fait pas cesser l'alliance que le Code civil suisse définit en ces termes dans son article 81 : « *Lès parents d'une personne sont, dans la même ligne et au même degré, les alliés de son conjoint.* » Cette solution est parfaitement raisonnable et c'est d'ailleurs celle qui prévaut dans toutes les législations modernes (2).

Mais, si l'alliance persiste malgré le divorce, il n'en est pas de même de l'obligation alimentaire qui est assez lourde dans le Code civil suisse. Elle est réglée par les articles 328 à 331. L'art. 328 dispose : « *Chacun est tenu de fournir des aliments à ses parents en ligne directe ascendante et descendante, ainsi qu'à ses frères et sœurs, lorsqu'à défaut de cette assistance ils tomberaient dans le besoin.* »

On le voit, cette formule est très large et, dans ces conditions, il paraît assez raisonnable que l'obligation disparaisse entre un époux divorcé et les parents de son conjoint, puisque les conjoints sont devenus par le divorce complètement étrangers l'un à l'autre. Mais elle persiste naturellement à la charge de chacun des parents divorcés envers les enfants issus du mariage, et réciproquement entre les enfants issus du mariage et chacun des parents divorcés.

(1) Art. 150, al. 1 *in fine*.

(2) Voyez p. ex. le Code civil français, art. 161 et 162.

§ 2. — Condition de la femme divorcée

La condition de la femme divorcée est réglée par l'art. 149 du Code civil de 1912 en ces termes : « *La femme divorcée est maintenue dans la condition qu'elle avait acquise par son mariage, mais elle reprend le nom de famille qu'elle portait avant la célébration du mariage dissous.* »

Cette disposition n'est que la consécration de la solution qui était donnée, avec quelques variantes de détail, par la plupart des législations cantonales.

La femme, malgré le divorce, sera donc maintenue dans la condition qu'elle avait acquise par son mariage. Cela signifie que la femme conserve le droit de cité que son mariage lui avait fait acquérir, c'est-à-dire d'une manière générale la nationalité, le lien rattachant une personne à l'Etat dont elle est ressortissante. Mais la nationalité suisse représente un triple lien : lien avec la Confédération, lien avec le canton, lien avec la commune d'origine. Quant à l'origine d'une personne, elle est déterminée par son droit de cité.

Les deux questions de l'origine et du droit de cité, si étroitement unies dans la législation suisse puisqu'elles se pénètrent l'une l'autre, sont tout spécialement intéressantes au point de vue des droits politiques (électorat, éligibilité), du domicile, des conflits entre la loi nationale et les lois étrangères.

Ces quelques explications montrent toute l'importance de la disposition de l'art. 149.

Mais, si le divorce maintient la femme dans la condi-

tion que son mariage lui avait fait acquérir, il n'en va pas de même en ce qui concerne le nom.

L'avant-projet de 1896 laissait à la femme le choix entre le nom de son mari et celui de sa famille. Mais on fit observer qu'il aurait été alors nécessaire de réserver à la famille du mari ou au mari lui-même, au cas de divorce prononcé contre la femme, un droit d'opposition.

Au lieu de ce système compliqué et dont les difficultés se seraient encore accrues au cas de survenance d'enfants naturels de la femme, il parut plus simple aux rédacteurs de l'avant-projet de 1900 de rendre invariablement à la femme son nom de famille. Cependant cette solution ne fut pas approuvée par la Commission d'experts, et dans le projet du Conseil fédéral on inséra une disposition plus libérale, suivant laquelle la femme pouvait être autorisée, sur sa demande, par le juge, à conserver le nom de son mari. La nouvelle proposition ne parut pas satisfaisante et souleva des critiques devant les Chambres fédérales ; l'on aboutit ainsi au texte de l'article 149 qui restitue à la femme le nom de famille qu'elle portait auparavant, soit son nom de fille, si c'est un premier mariage que le divorce a dissous, soit le nom de son précédent mari, si elle était veuve et si elle n'avait pas usé de la faculté que lui accorde le 2^e alinéa de l'art. 149 ainsi conçu : « *Si elle était veuve au moment du mariage, elle peut être autorisée par le jugement à reprendre le nom de sa famille ; mais la femme doit user de cette faculté au cours de l'instance.* »

SECTION II

Effets du divorce quant aux enfants

Nous avons vu (1) combien les dispositions des législations cantonales étaient variées, en ce qui concerne les effets du divorce quant aux enfants. Ces dispositions étaient d'ailleurs remarquables non seulement par leur variété, mais encore par leur précision, et elles s'imposaient aux magistrats chargés de les appliquer.

Il a semblé aux auteurs du Code civil, non seulement que ces dispositions diverses devaient être abrogées, mais encore qu'elles ne devaient pas être remplacées par des dispositions uniformes et impératives, car, ont-ils pensé, il est impossible au législateur de prévoir les situations si différentes qui peuvent être soumises aux tribunaux, et mieux vaut laisser au juge une pleine et entière liberté d'appréciation en cette matière ; c'est cette idée qu'a fort bien exprimée le professeur Eug. Hüber, dans ce passage de son exposé des motifs (Avant-projet de 1900) (2). « A l'égard des droits paternels, toute liberté d'appréciation est laissée au juge ; nous disposons seulement que les père et mère, et, le cas échéant, l'autorité tutélaire, devront être entendus. Un texte portant que les enfants devraient être confiés à l'époux innocent, s'il présentait des garanties suffisantes, a été supprimé comme superflu et rentrant dans la compétence du juge. »

(1) Voyez ci-dessus : Introduction, p. 29 et ss.

(2) Exposé des motifs de l'avant-projet de 1900, Liv. II, Titre II : Du divorce.

Ce sont ces idées qui ont passé dans le texte de l'art. 156, ainsi conçu : « *En cas de divorce ou de séparation de corps, le juge prend les mesures nécessaires concernant l'exercice de la puissance paternelle et les relations personnelles entre parents et enfants, après avoir entendu les père et mère, et au besoin l'autorité tutélaire* » (1).

Il ressort tout d'abord de ce texte que la dissolution du mariage ne rompt pas le lien qui unit les époux à leurs enfants. On peut dire d'une manière générale que les époux divorcés conservent à l'égard de leurs enfants les droits, mais aussi les obligations qui dérivent pour eux de leur qualité de père et de mère légitimes. Et de même, l'obligation alimentaire, le droit de successibilité (2) subsistent comme par le passé, alors cependant que l'exercice de la puissance paternelle subit des modifications plus ou moins profondes. Durant le mariage, en effet, le père et la mère exercent en commun la puissance paternelle (3). Mais en cas de divorce il ne peut plus en être ainsi. Il faut assurer aux enfants une direc-

(1) La tutelle est, dans le Code civil suisse, une tutelle officielle : outre le tuteur ou curateur qui sont des organes d'exécution, il y a des organes de surveillance, nommés par les autorités administratives ou judiciaires, chargés de contrôler la gestion des tuteurs et curateurs. Ce sont les autorités de tutelle, au nombre de deux : autorité tutélaire (Conseil communal ou Justice de paix) au premier degré ; autorité de surveillance (Gouvernement ou Tribunal cantonal) au second degré. Ce sont ces autorités qui peuvent être appelées à donner leur avis sur la garde des enfants, par exemple si, au moment du divorce, l'un des parents était déchu de la puissance paternelle dans les termes de l'art. 285.

(2) Sur les droits successoraux, voir les art. 560 et ss. du C. C. S.

(3) C. C. S., art. 274, al. 1 ; l'alinéa 2 ajoute : « à défaut d'entente, le père décide. »

tion unique ; l'on ne peut donc maintenir aux deux parents l'exercice commun de la puissance paternelle. Mais alors, auquel des parents divorcés confier l'exercice de cette puissance ? A celui des époux auquel les enfants auront été attribués par le jugement de divorce.

Mais la question se pose alors de savoir auquel des parents doivent être confiés les enfants. La décision appartient au juge, qui se voit attribuer de pleins pouvoirs à cet effet. De nombreuses lois cantonales disposaient très nettement que les enfants devaient être attribués à celui des deux époux qui avait obtenu le divorce. Le Code civil, au contraire, ne donne pas une solution unique et permet au juge d'apprécier en toute liberté à qui les enfants doivent être confiés. Il prescrit seulement, et avec raison, au juge de ne rien décider avant d'avoir entendu les père et mère, et au besoin l'autorité tutélaire ; les renseignements fournis par cette enquête éclaireront utilement sa décision. Le juge pèsera les divers arguments qui lui seront présentés par les parties et il appréciera en pleine liberté. Car c'est lui qui connaît toutes les circonstances du procès, qui est renseigné sur l'individualité des conjoints, leurs ressources personnelles, leur valeur morale, leurs sentiments, enfin sur l'intérêt des enfants eux-mêmes. Il sera donc en mesure de prendre les dispositions les plus justes et les plus sages. Assurément des règles, même très libérales, inscrites dans la loi auraient une rigidité telle que leur application serait rarement satisfaisante.

Evidemment le juge confiera dans la plupart des cas les enfants à l'époux innocent. Mais rien ne l'oblige à s'arrêter à cette solution. Il pourra parfaitement décider que certains des enfants seront confiés au père et les autres à la mère, ou même que tous les enfants seront

confiés à l'époux coupable. La seule considération qui doit guider le juge, c'est l'intérêt des enfants, qui doit tout primer. Mais le juge pourrait-il confier les enfants à une tierce personne? Non, si les parents ou l'un d'eux s'y opposaient, sauf le cas où ceux-ci seraient déchus de la puissance paternelle (1).

Quant à celui des deux parents qui n'a pas reçu la garde des enfants, il n'existe aucune disposition — analogue à celle de l'article 303 du Code civil français — qui lui permette de surveiller l'entretien et l'éducation de ses enfants. Sa situation est déterminée par l'article 156, alinéas 2 et 3, en ces termes : « *Celui des parents auquel les enfants ne sont pas confiés est tenu de contribuer, selon ses facultés, aux frais de leur entretien et de leur éducation. Il a le droit de conserver avec eux les relations personnelles indiquées par les circonstances.* »

Ainsi, les termes de cet article sont très nets : celui des parents auquel les enfants ne sont pas confiés n'a plus, vis-à-vis d'eux, aucun droit de puissance paternelle ; il est seulement tenu, dans la mesure de ses facultés, de contribuer aux frais de leur entretien et de leur éducation. Cette mesure sera déterminée, après examen des facultés de ce parent, par le juge qui décidera, ici encore librement, en tenant compte des ressources respectives des parents, de leur situation sociale, du nombre et de l'âge des enfants.

Enfin, les relations personnelles que l'époux coupable pourra être appelé à conserver avec ses enfants — droit

(1) Art. 285, C. C. S. : « Les père et mère incapables d'exercer la puissance paternelle, ou frappés d'interdiction ou coupables de graves abus d'autorité ou de négligences graves, sont déclarés déchus de leur droit par les autorités de tutelle. »

qu'il tient, on l'a vu, de l'article 156, alinéa 3 — seront encore librement déterminées par le juge, qui décidera où et quand elles auront lieu, et statuera sur leur fréquence et leur durée. Ici encore, c'est uniquement l'intérêt de l'enfant qui devra être pris en considération. Ces relations personnelles pourraient même être complètement interdites par le juge, si elles n'étaient pas indiquées par les circonstances, si par exemple le père avait été reconnu partie coupable, pour avoir commis un crime infamant ou mené une vie déshonorante qu'il mènerait d'ailleurs encore.

Si le divorce met ainsi fin à la communauté d'existence entre les époux, si même il enlève à l'un d'eux la garde des enfants, il n'a aucune influence sur les droits des enfants à l'encontre de leurs parents, que ces droits résultent de la loi ou des conventions matrimoniales ; notamment les droits de succession des enfants ne sont pas du tout modifiés par le divorce. Il en est de même des droits successoraux des parents à l'égard de leurs enfants, dans le cas où ceux-ci ou l'un d'eux viendraient à mourir avant leurs parents (1).

Mais le divorce ne profite pas non plus aux enfants, puisqu'il n'anticipe nullement l'ouverture de leurs droits quels qu'ils soient. Quant à l'obligation alimentaire qui pèse sur les enfants à l'égard de leurs parents, si après divorce ils tombent dans le besoin, elle persiste pour eux aussi bien à l'égard du parent coupable que du parent innocent (2).

(1) Art. 458, C. C. S. : « Les héritiers du défunt qui n'a pas laissé de postérité sont le père et la mère. »

(2) Art. 328.

La disposition de l'article 157 est particulièrement intéressante ; elle dénote encore mieux, s'il est possible, la largeur d'esprit dont a fait preuve le législateur suisse en la matière, si importante et délicate, des effets du divorce quant aux enfants. Cet article dispose, en effet : *« A la requête de l'autorité tutélaire ou de l'un des parents, le juge prend les mesures commandées par des faits nouveaux tels que le mariage, le départ, la mort du père ou de la mère. »*

Les mesures que le juge doit prendre en vertu de l'art. 156 étant des mesures provoquées par des circonstances déterminées, il était nécessaire de pouvoir les modifier, si les circonstances elles-mêmes qui les avaient provoquées venaient à se modifier ; c'est justement ce que permet l'article 157. A la demande de l'autorité tutélaire ou de l'un des parents, le juge prendra les mesures nouvelles que pourra lui suggérer l'intérêt bien entendu des enfants. Il peut parfaitement arriver, en effet, que l'époux auquel les enfants ont été confiés cesse de mériter la confiance qu'on avait placée en lui ; qu'il mène, par exemple, une vie de débauche, alors que l'époux déclaré coupable lors du divorce mène au contraire une vie très sage et honnête ; il y aura alors intérêt certain pour les enfants à voir leur entretien et leur éducation confiés à cet époux.

Il pourra arriver aussi que l'époux à qui les enfants avaient été confiés se remarie, qu'il disparaisse sans laisser de traces, enfin qu'il meure ; dans de telles circonstances, l'intérêt des enfants exigera impérieusement la modification des mesures prises d'abord à leur égard, et c'est encore ce que l'art. 157 permet au juge de faire, au mieux de leurs intérêts.

SECTION III

Effets du divorce quant aux biens

Pour bien saisir les conséquences du divorce sur les biens des époux, il faut connaître d'abord les principes qui régissent dans le Code civil suisse les régimes matrimoniaux (1).

Observons, en premier lieu, que si la liberté des conventions matrimoniales est reconnue, ce n'est qu'avec une grave restriction : les parties sont en effet tenues d'adopter l'un des régimes prévus par le Code, savoir : 1° Celui de l'*union des biens*, avec ou sans la clause que les apports de la femme passeront en propriété au mari ; — 2° Celui de la *communauté*, avec ou sans stipulation de séparation de biens partielle, d'union de biens partielle, ou de communauté réduite aux acquêts ; — 3° Celui de la *séparation de biens*, avec ou sans stipulation de dotalité à l'égard d'une portion de la fortune de la femme.

A défaut de contrat, les époux sont soumis de plein droit au régime de l'union des biens, qui est, en conséquence, le régime légal ordinaire. Ils sont au contraire placés sous le régime légal extraordinaire lorsque les créanciers de l'un d'eux subissent une perte dans sa faillite ou dès que la séparation de biens est prononcée par le juge à la requête de l'un d'eux ; de plus, il y a sous tous

(1) Voyez sur ce point C. C. S., art. 178 et ss. — Rossel et Mentha : Manuel, Titre VI : Du régime matrimonial, p. 252 et ss.

les régimes, sauf toutefois dans celui de la séparation de biens, des biens réservés qui peuvent être constitués par contrat de mariage, par des libéralités provenant de tiers, ou par la loi ; les biens réservés par la loi sont déterminés par l'art. 191 : ce sont les effets personnels des époux, les biens servant à la profession ou à l'industrie de la femme, le produit de son travail en dehors de son activité domestique. Ces biens réservés sont régis par les principes de la séparation de biens.

Les régimes matrimoniaux sont soumis aux principes suivants :

1° Le régime de l'*union des biens*, qui est le régime légal ordinaire, est en substance le régime sans communauté du Code civil français. Le mari a l'administration et la jouissance des apports de la femme, c'est-à-dire de tous les biens qui, à l'exception des biens réservés, lui appartenaient au jour du mariage ou lui étoient dans la suite par donation ou par succession. La femme conserve la propriété de ses apports, à raison desquels elle peut réclamer des sûretés à son mari. Mais, de par l'article 199, les époux peuvent convenir, dans les six mois à compter du jour où les biens de la femme ont été apportés, que la propriété de ces apports passera au mari pour le montant de l'estimation qui en sera faite et que la créance acquise de ce chef à la femme demeurera invariable.

2° Dans le régime de *communauté*, qui est en réalité un régime de communauté universelle, celui des époux qui prétend qu'un bien n'est pas commun doit en faire la preuve. Le mari est administrateur de la communauté qui supporte les frais de gestion. La femme, elle, n'a le pouvoir d'administrer que dans la mesure où

elle a qualité pour représenter l'union conjugale (1). Les époux ne peuvent disposer que conjointement des biens communs ; en général, le consentement de celui des époux qui n'en dispose pas lui-même est présumé. La femme n'est tenue personnellement des dettes assumées par le mari ou par elle pour l'entretien du ménage, que si les biens de la communauté ne suffisent pas.

Le mari survivant reste personnellement obligé au paiement des dettes de la communauté. La femme survivante peut, en renonçant, se libérer de toutes les dettes communes dont elle n'est pas tenue personnellement. De plus, le conjoint survivant peut prolonger la communauté avec les enfants issus du mariage.

3^o Enfin, le régime de la *séparation de biens* laisse à chacun des époux la propriété, l'administration et la jouissance de son patrimoine, y compris les revenus de ses biens et le produit de son travail ; le mari a le droit d'exiger que la femme contribue dans une mesure équitable aux charges du ménage. Au reste, une stipulation de dot peut modifier le régime de séparation de biens et la dot ainsi constituée par contrat au profit du mari est soumise, en l'absence de convention contraire, au régime de l'union des biens.

Telles étant les règles générales des divers régimes matrimoniaux, quelle va être, sur le régime adopté, l'influence d'un jugement de divorce ? Il est tout d'abord évident que la dissolution du mariage va entraîner par voie de conséquence la dissolution du régime matrimo-

(1) La théorie du mandat tacite de la jurisprudence française est consacrée par le Code civil suisse (art. 163).

nial, quel qu'il soit. Les biens de l'union conjugale seront liquidés et les droits respectifs des parties déterminés.

L'art. 151 fixe, dans ses deux premiers alinéas, les règles de cette liquidation ; il dispose en effet : « *En cas de divorce, chacun des époux reprend son patrimoine personnel, quel qu'ait été le régime matrimonial. — Le bénéfice est réparti entre eux conformément aux règles de leur régime ; le déficit est à la charge du mari, à moins que celui-ci n'établisse qu'il a été causé par la femme.* »

Il résulte en premier lieu de ce texte, que chacun des époux va reprendre ses apports, quel qu'ait été le régime matrimonial antérieur. Cette reprise s'exercera, ou bien en nature ou bien par équivalent, et l'on suivra ici les règles posées par la loi pour les divers régimes matrimoniaux qu'elle énumère. Ces règles se trouvent dans les art. 205, 206 et ss., 209, 212, 213 pour le cas d'union des biens, dans les art. 219 et ss., 223, 225 et ss. pour le régime de communauté.

Il résulte également des termes de l'article 151 que le bénéfice qui peut avoir été produit par l'union conjugale doit être réparti entre les époux conformément aux règles de leur régime ; ces règles sont posées par l'article 214 au cas d'union des biens, par les articles 225 ou 240 au cas de communauté de biens.

S'il y a un déficit (1), il est à la charge du mari ; puis-

(1) Sous tous les régimes la femme reprend ses apports francs et quittes de toutes dettes, sauf cependant des dettes qui lui sont personnelles, savoir : les dettes antérieures au mariage et celles qu'elle a pu faire naître par ses délits et sous réserve de l'art. 243 du C. C., lequel dispose que la femme séparée de biens est tenue, en cas d'insolvabilité du mari, des dettes contractées par lui ou par elle pour l'entretien du ménage commun.

qu'il a l'administration et la responsabilité de cette administration, il a paru équitable de lui faire supporter les conséquences de son incapacité ou de ses maladroites. Cependant on lui réserve — et c'est justice — la possibilité de prouver que le déficit provient du fait de la femme, auquel cas il n'en sera pas tenu.

La disposition de l'article 154, alinéa 3, est particulièrement importante. Elle a trait aux conséquences du divorce sur la capacité successorale réciproque des époux. Cette disposition est ainsi conçue : « *Les époux divorcés cessent d'être les héritiers légaux l'un de l'autre et perdent tous avantages résultant du contrat de mariage ou de dispositions pour cause de mort faites avant le divorce.* »

Les conséquences de cette disposition sont tout à fait radicales ; les articles 462 et 471, qui accordent au conjoint survivant des droits très importants dans la succession de son conjoint prédécédé, vont cesser de s'appliquer (1). Et l'on ne fait plus ici aucune différence entre l'époux coupable et l'époux innocent. L'un aussi bien que

(1) Voici le texte de ces articles :

Art. 462 : « Le conjoint survivant peut réclamer à son choix, si le défunt laisse des descendants, l'usufruit de la moitié ou la propriété du quart de la succession. — Il a droit, en concours avec le père, la mère du défunt ou leur postérité, au quart en propriété et aux trois quarts en usufruit ; en concours avec des grands-parents ou leur postérité, à la moitié en propriété et à l'autre moitié en usufruit, et à défaut de grands-parents ou de leur postérité, à la succession tout entière. » — Art. 471 : « La réserve est : 4^e pour le conjoint survivant, de tout son droit de succession en propriété lorsqu'il est en concours avec des héritiers légaux et de la moitié de ce droit lorsqu'il est héritier unique. »

l'autre perdent tous les avantages qui pouvaient résulter pour eux du contrat de mariage ou des dispositions, à cause de mort, prises avant le divorce. Mais, comme on le verra plus loin, la portée de cette disposition se trouve en fait bien atténuée, au moins pour l'un des époux, par la possibilité qu'a l'époux innocent de réclamer à son conjoint coupable le paiement d'une indemnité, en compensation de la faute qui a provoqué le divorce (1).

Que faut-il entendre par « avantages », au sens de l'article 154 ? Ce sont les donations contenues dans le contrat de mariage, les avantages résultant de clauses de préciput, l'attribution d'une part de bénéfice supérieure à la part légale (2).

Mais faut-il comprendre aussi dans ces « avantages » ceux qui résulteraient seulement des effets généraux du régime adopté, de ce fait, par exemple, que deux personnes, dont l'une était riche et l'autre sans fortune, ont en se mariant adopté le régime de communauté universelle ? Il semble bien que les termes si affirmatifs de l'art. 154, alinéa 3, doivent nous conduire à comprendre ces avantages parmi ceux dont il nous parle.

Quant aux dispositions à cause de mort faites par l'un

(1). Voyez ci-dessous, Chap. III, Section IV.

(2) Art. 226 : « Le contrat de mariage peut prévoir un mode de partage autre que le partage par moitié » (régime de communauté). — Art. 214 : « Le bénéfice restant après le prélèvement des apports appartient pour un tiers à la femme ou à ses descendants, et pour le surplus au mari ou à ses héritiers. — Le déficit est à la charge du mari ou de ses héritiers, en tant que la preuve n'est pas faite qu'il a été causé par la femme. Le contrat de mariage peut prévoir une autre répartition du bénéfice et du déficit » (régime de l'union des biens).

des époux au profit de l'autre, elles sont également annulées, si elles sont antérieures au jugement de divorce. Mais ces mêmes dispositions seront maintenues avec tous leurs effets si elles sont confirmées après le prononcé de ce jugement.

Il y a une autre catégorie d'avantages qui subsistent malgré la dissolution du mariage produite par le divorce : ce sont les avantages résultant de dispositions entre vifs ; on ne voit, en effet, aucune raison d'annuler celles-ci à la suite du divorce (1).

Reste enfin une deuxième question. Des époux divorcés qui se remarient ensemble vont-ils voir renaître de plein droit les avantages qu'ils s'étaient faits dans leur premier contrat de mariage et que le divorce avaient réduits à néant ? Il faut, sans hésiter, admettre la négative, en ce qui concerne les avantages résultant du contrat de mariage primitif : ceux-là ont disparu pour toujours ; ils ne peuvent renaître, à moins qu'ils ne soient mentionnés dans le nouveau contrat. Mais, pour ce qui est des donations à cause de mort, on ne voit aucune raison de les considérer comme caduques, si de leur maintien par le disposant après le nouveau mariage résulte la volonté manifeste de les respecter.

(1) Le Code civil suisse ne connaît aucune restriction relative aux donations entre époux. L'art. 177 nous dit en effet : « Tous actes juridiques sont permis entre époux. »

SECTION IV

Des indemnités en cas de divorce

Nous nous trouvons ici en face d'une conséquence très spéciale du divorce, qui a d'ailleurs été déjà signalée comme consacrée depuis très longtemps par un grand nombre de législations cantonales et qui est caractéristique du droit suisse. J'ai montré (1) combien les dispositions des lois cantonales étaient variées sur ce point. Le nouveau Code civil ne pouvait manquer de se préoccuper de cette importante question et c'est ce qu'il a fait dans les articles 151, 152 et 153.

En réalité, d'ailleurs, cette indemnité se présente sous deux formes distinctes : d'une part, sous la forme de dommages-intérêts et de réparation morale ; d'autre part, sous la forme d'une pension alimentaire. Ces deux espèces d'indemnité ne coïncideront pas toujours, mais il arrivera fréquemment en fait qu'elles coexisteront ; rien dans la loi ne s'y oppose ; bien au contraire, la pension alimentaire est considérée comme le complément des dommages-intérêts et de la réparation morale.

On étudiera successivement ces deux espèces d'indemnité.

§ 1. Dommages-intérêts et réparation morale

Le Code civil suisse, on l'a déjà indiqué, n'a pas suivi l'exemple d'un grand nombre de législations qui frap-

(1) Voyez ce qui est dit : Introduction, p. 30, et aussi Hüber, *op. cit.*, t. I, p. 219 et ss.

pent l'époux coupable de certaines déchéances d'ordre patrimonial et laissent subsister, au profit de l'époux innocent, les avantages que lui avait assurés son conjoint par contrat de mariage ou autrement. Tel est l'effet des dispositions de l'alinéa 3 de l'art. 154 (1). Et ce système est en somme plus équitable, puisque des dispositions antérieures au divorce, et qui n'avaient certes pas été prises en prévision de cette éventualité, n'auront plus aucune influence sur la situation respective des époux.

Il n'y a plus de mariage : tous les avantages qui auraient pu dériver du droit de succession, du régime matrimonial, de l'obligation alimentaire se sont évanouies et cela paraît tout à fait juste, puisque par le divorce les deux époux sont devenus absolument étrangers l'un à l'autre. Mais il ne faut pas cependant aller trop loin ; le divorce peut, en effet, revêtir assez fréquemment le caractère d'un acte illicite entraînant par voie de conséquence la responsabilité non seulement morale, mais pécuniaire, de celui qui l'accomplit. Il faut que ce préjudice soit réparé de la manière la plus complète. Et les dispositions de l'article 151 sont en somme une application très juridique du principe de l'article 28 : « *Celui qui subit une atteinte illicite dans ses intérêts personnels peut demander au jugé de la faire cesser. Une action en dommages-intérêts ou en paiement d'une somme d'argent à titre de réparation morale ne peut être intentée que dans les cas prévus par la loi.* »

L'article 151 dispose lui-même dans les termes suivants : « *L'époux innocent dont les intérêts pécuniaires,*

(1) Voyez ci-dessus, p. 108.

même éventuels, sont compromis par le divorce, a droit à équitable indemnité de la part du conjoint coupable. Si les faits qui ont déterminé le divorce ont porté une grave atteinte aux intérêts personnels de l'époux innocent, le juge peut lui allouer, en outre, une somme d'argent à titre de réparation morale. »

Comme on le voit, cet article distingue très nettement deux espèces d'indemnité : l'une pour réparation du préjudice matériel causé à l'époux innocent, précisément par l'anéantissement des espérances successorales qu'il pouvait avoir dû par son contrat de mariage ou autres dispositions qui avaient pu intervenir en sa faveur de la part de son conjoint ; l'autre pour réparation du préjudice moral subi par l'époux innocent par suite du divorce.

a) Quant au préjudice matériel, l'indemnité ne peut naturellement être allouée qu'à l'époux innocent, car lui seul subit, sans faute de sa part, un préjudice injustement causé et c'est à lui seul qu'il est dû réparation. D'ailleurs, le juge n'a pas à se prononcer d'office sur l'attribution de cette indemnité, l'époux innocent seul est à même de déterminer s'il a vraiment subi un préjudice matériel et quel en est le montant. Mais il a droit à une réparation complète de ce préjudice, laquelle doit correspondre aux avantages éventuels que le conjoint innocent pouvait attendre de son mariage, par exemple à ses droits successoraux, aux droits résultant d'un testament fait en sa faveur, aux droits résultant de son contrat de mariage, tous anéantis par le divorce. Sans doute l'estimation de ces avantages éventuels ne sera pas toujours facile parce qu'on ne peut déterminer à l'avance la date probable de la mort du conjoint, ni savoir si ce sera

l'époux innocent ou l'époux coupable qui mourra le premier. C'est au juge qu'il appartiendra de se prononcer; il pourra d'ailleurs n'accorder qu'une indemnité conditionnelle, stipuler, par exemple, que l'indemnité sera due seulement si l'époux innocent survit à l'époux coupable. Ou bien encore il la fixera en principe, mais en décidant qu'elle ne sera payée que par annuités, après la mort de l'époux coupable, ou bien encore, en une fois immédiatement après sa mort. Pleine et entière liberté est laissée au juge qui s'inspirera des circonstances, de la plus ou moins grande valeur, de la plus ou moins grande certitude des espérances de l'époux innocent, compromises par la survenance du divorce. Mais il faut décider que le juge ne pourra pas attribuer à l'époux innocent une indemnité plus forte que celle par lui réclamée (1).

b) Quant au préjudice moral qui peut aussi résulter pour le conjoint innocent du jugement de divorce, seuls des faits constituant une grave atteinte aux intérêts personnels de l'époux innocent peuvent donner lieu à réparation. C'est au juge qu'il appartient d'apprécier quels sont les faits qui peuvent donner lieu à pareille indemnité envisagée comme réparation morale.

Le Code civil n'indique pas le maximum possible de cette indemnité, maximum calculé, dans certaines législations cantonales, d'après les ressources de l'époux coupable (2). Il faut donc décider ici encore que c'est au juge qu'il appartiendra d'en fixer le quantum, suivant les circonstances.

(1) C'est là un principe général et absolu en matière de dommages-intérêts.

(2) Hüber, *op. cit.*, t. I, p. 212 et ss.

Reste une dernière question, assez délicate : Que faut-il entendre par époux coupable au sens de l'art 151 ? — Il est évident que, dans certaines hypothèses, la réponse à cette question sera très simple : par exemple, au cas d'adultère de l'un des conjoints. Mais il n'en ira pas toujours de même et la détermination du coupable sera parfois difficile ; notamment si le divorce est prononcé pour causes indéterminées. Il faudra alors décider que celui-là doit être qualifié d'époux innocent qui, même s'il a quelques torts à se reprocher, n'est pas principalement responsable des causes indéterminées qui ont provoqué le divorce. Il est bien évident que si les fautes des deux conjoints se compensent et sont jugées équivalentes, ni l'un ni l'autre des conjoints ne pourra être admis à se prévaloir des dispositions de l'article 151.

Mais il est un cas particulièrement délicat : celui où le divorce est prononcé pour cause de maladie mentale. Peut-on admettre que, dans une pareille hypothèse, l'époux qui a demandé et obtenu le divorce puisse également réclamer des dommages-intérêts, et pour le préjudice matériel qui lui est causé, et pour le préjudice moral qu'il prétend avoir subi ? Cela ne paraît pas admissible, car l'ex-conjoint atteint de maladie mentale n'a commis aucune faute dont on puisse lui demander réparation.

§ 2. — Pension alimentaire

Si larges que soient les dispositions prises par le législateur suisse dans l'article 151, elles ne lui ont pas paru devoir faire face à toutes les hypothèses susceptibles de se présenter dans la pratique. Il a pensé notamment que ces dispositions ne pourraient pas s'appliquer si l'un ou l'autre des conjoints voyait sa condition tota-

lement compromise par le divorce. De là la disposition de l'art. 152, ainsi conçue : « *Le juge peut accorder à l'époux innocent qui tomberait dans le dénûment, par suite de la dissolution du mariage, une pension alimentaire proportionnée aux facultés de l'autre conjoint, même si ce dernier n'a pas donné lieu au divorce.* »

Cette disposition, toute d'équité, ne nécessite pas, comme la précédente, pour jouer, l'existence d'une partie coupable. L'allocation d'une pension alimentaire à l'époux qui n'a pas provoqué le divorce et que le divorce fait tomber dans le besoin est admissible, même contre l'autre conjoint qui n'a pas donné lieu au divorce. Il faut donc décider que cette pension alimentaire peut être demandée même au cas de divorce prononcé pour aliénation mentale ou pour causes indéterminées, c'est-à-dire dans les termes des articles 141 et 142.

Le principe d'une pension alimentaire ainsi établi, quel en sera le montant ?

L'article 152 décide que cette pension doit être proportionnée aux facultés de l'autre conjoint. Mais ce n'est là qu'un des éléments d'appréciation qui doivent entrer en ligne de compte pour la détermination du chiffre.

Il faudra tenir compte aussi du dénûment plus ou moins grand dans lequel va tomber le demandeur. Cette solution résulte implicitement du silence de la loi.

§ 3. — Nature de l'indemnité

Les dommages-intérêts, alloués à titre de réparation du préjudice moral, peuvent consister en un capital ou en une rente viagère. Quant à la pension alimentaire, elle est toujours allouée sous forme de rente viagère.

Mais certaines circonstances peuvent se produire qui légitimeront des modifications à l'une ou à l'autre de ces rentes. C'est ce que prévoit l'article 153, alinéa 1, quand il dispose : « *L'époux auquel une rente viagère a été allouée par jugement ou convention (1) à titre de dommages-intérêts, de réparation morale ou d'aliments, cesse d'y avoir droit s'il se remarie.* »

Voilà sans doute une solution qui pourra paraître un peu arbitraire, mais qui est en somme très logique ; en effet, si l'époux innocent se remarie, on ne voit pas pourquoi il continuerait à toucher une rente fournie par son ancien conjoint ; il serait assurément choquant de voir un époux, remarié à la suite d'un divorce qui lui a permis ce nouveau mariage, continuer à se faire entretenir par son ex-conjoint, si coupable soit-il d'avoir par sa faute provoqué le divorce.

Cependant une difficulté se présente ici : l'indemnité peut être réclamée sous forme d'un capital versé une fois pour toutes. Ne sera-ce pas là un moyen d'échapper à la déchéance prononcée par l'art. 152, alinéa 1, en cas de nouveau mariage ? En réalité, nous nous trouvons ici en présence d'une conséquence logique et nécessaire de la liberté reconnue aux parties de choisir entre un capital et une rente. C'est donc à elles de voir ce qu'elles ont à faire au mieux de leurs intérêts. Il peut arriver aussi que le défendeur n'offre qu'une rente. Que devra alors faire le juge ? Devra-t-il donner gain de cause au

(1) Le règlement des indemnités dues en cas de divorce à l'époux innocent peut faire l'objet d'une convention amiable entre les parties. Dans ce cas, il n'y a qu'à faire ratifier cette convention par le juge qui prononce le divorce.

demandeur ou au défendeur ? On peut dire qu'il appréciera suivant les circonstances (1).

Enfin, l'alinéa 2 de l'article 153 nous indique un certain nombre de circonstances dans lesquelles la pension alimentaire allouée à l'époux tombé dans le dénûment, doit être supprimée ou réduite. Il dispose en effet : *« La pension alimentaire allouée à titre de secours sera supprimée ou réduite à la demande du débiteur, si l'ayant droit n'est plus dans le dénûment ou si la gêne dans laquelle il se trouvait a sensiblement diminué ; il en sera de même si la pension n'est plus en rapport avec les facultés du débiteur. »*

Ce texte est l'expression même de la sagesse. Il serait en effet tout à fait choquant de voir un ancien conjoint dans une situation redevenue florissante, continuer à toucher de son ex-conjoint une rente, alors que le débiteur de cette rente pourrait se trouver dans une situation beaucoup moins brillante que le crédit-rentier. Et il serait plus choquant encore de voir le débiteur d'une rente privé des ressources nécessaires à son existence pour fournir à son ex-conjoint des ressources superflues.

Ces modifications sont opérées par le juge, sur la demande des parties intéressées, dans les termes de l'art. 157 qui, on l'a vu, attribue au juge la mission de prendre, après le divorce, les mesures commandées par des faits nouveaux dans l'intérêt des époux divorcés. Ajoutons que la pension alimentaire prévue par l'art. 152, étant considérée comme nécessaire à l'existence de son titulaire, est reconnue par la loi comme incessible et insaisissable.

(1) MM. Rossel et Menthé (Manuel de Droit civil, t. I, p. 222) donnent une solution différente.

CHAPITRE IV

DE LA SÉPARATION DE CORPS

La séparation de corps apparaît, dans le Code civil de 1912, comme une suspension de la vie commune (*separatio quoad mensam et thorum*) n'entraînant pas la dissolution du lien conjugal. Mais les principes de la loi du 24 décembre 1874, qui n'assignait à cette séparation qu'un domaine d'application très restreint, n'ont pas été maintenus (1). La séparation peut désormais être demandée par des conclusions principales (2); le demandeur peut invoquer, à l'appui de sa demande, toutes les causes susceptibles de motiver une demande en divorce (3); le juge n'est plus entièrement libre de se prononcer arbitrairement pour le divorce ou pour la séparation de corps (4); enfin la séparation peut être prononcée pour un temps déterminé ou pour un temps

(1) Voyez ce qui est dit de la séparation de corps d'après la loi du 24 décembre 1874: Introduction, Chap. II, Section II, p. 31.

(2) Art. 146, al. 1 et 2.

(3) Art. 146, al. 1.

(4) Art. 146, al. 2 et 3.

indéterminé (1). Nous étudierons les causes, la procédure, la durée et les effets de cette séparation.

§. 1. Causes

Les causes de la séparation de corps sont les mêmes que celles du divorce. C'est ce qu'indique très nettement l'article 147 ainsi conçu : « *L'action tend au divorce ou à la séparation de corps* (2). » Il suffit donc, à ce sujet, de se reporter aux explications données plus haut sur les causes qui peuvent motiver une demande en divorce (3). On fera seulement remarquer que le juge ne peut pas prononcer le divorce, si l'action ne tend qu'à la séparation de corps, et qu'inversement, lorsque l'action tend au divorce, la séparation de corps ne peut être prononcée que si la réconciliation des époux paraît probable (4).

§ 2. Procédure

Dans les deux lois que nous avons prises comme exemples, la procédure est réglée de la même manière, qu'il s'agisse d'une demande en séparation de corps ou d'une demande en divorce. Nous renvoyons donc, ici encore, aux développements déjà fournis sur ce point (5). Le Code civil lui-même ne fait, relativement aux actes de procédure dont il s'occupe, aucune distinction entre la séparation de corps et le divorce.

(1) Art. 147, al. 1.

(2) Art. 147, al. 1.

(3) Voyez ci-dessus, I^{re} partie, Chap. I, p. 39 et ss.

(4) Art. 146, al. 2 et 3.

(5) Voyez ci-dessus, I^{re} partie, Chap. II, p. 67.

§ 3. Durée

La séparation peut être prononcée, soit pour une durée déterminée, soit pour une durée indéterminée.

a) La séparation de durée déterminée ne peut être prononcée pour un temps inférieur à un an ni supérieur à trois ans ; dans ces limites, le juge donne à la séparation la durée qu'il juge nécessaire ou utile.

Ce qui caractérise la séparation de durée déterminée, c'est qu'à l'expiration du délai fixé par le juge, son effet légal cesse de plein droit. Mais alors chacun des époux, le conjoint coupable comme l'innocent, peut demander le divorce, en se fondant sur le premier jugement, ou bien reprendre la vie commune. C'est ce que précise l'article 147, alinéa 2, en ces termes : « *Elle (la séparation de corps) cesse de plein droit après l'expiration du délai fixé, mais l'une des parties peut demander le divorce, si une réconciliation n'est pas intervenue.* »

b) Mais, au cas de séparation prononcée pour un temps indéterminé, il faut éviter que la séparation prenne, contrairement à la volonté de l'une des parties, le caractère d'une situation permanente. C'est pourquoi l'article 147, alinéa 3, dispose : « *Chacun des époux a le droit, lorsque la séparation de corps prononcée pour une durée indéterminée a duré trois ans, et si une réconciliation n'est pas intervenue, de demander le divorce ou la fin de la séparation.* »

c) Lorsqu'est arrivée la fin du délai prévu pour la séparation ou quand la séparation de durée indéterminée a duré trois ans, l'un des époux peut donc toujours demander le divorce. Et le divorce doit être prononcé

par le juge, à moins toutefois que les faits justificatifs de l'action ne soient exclusivement à la charge du demandeur (1). Cependant, même s'il en est ainsi, le divorce doit être prononcé, si l'autre époux se refuse à reprendre la vie commune. Et, pour se prononcer, le juge pourra faire état à la fois des faits articulés dans le jugement prononçant la séparation et des faits survenus depuis (2).

On le voit donc, si le mot de conversion ne se trouve pas dans les textes du Code civil de 1912, l'institution n'en existe pas moins ; elle existe même sous une forme obligatoire, puisque, lorsque certaines conditions se trouvent réunies, à la suite d'une séparation de durée déterminée ou indéterminée, le juge doit prononcer le divorce s'il est demandé par l'une des parties. Et ceci prouve bien que, malgré les apparences, les auteurs du Code étaient encore pénétrés de l'ancienne tradition qui considérait la séparation de corps seulement comme une étape et non comme une mesure définitive (3).

§ 4. — Effets

Les effets de la séparation de corps sont relatifs aux époux eux-mêmes, à leurs enfants et à leurs biens ; ces

(1) Art. 148, al. 1.

(2) Art. 148, al. 2 et 3.

(3) La solution du Code civil suisse est également celle du Code civil français (art. 310 modifié par la loi du 6 juin 1908). Le Code civil allemand ne fixe aucun délai pour que la séparation de corps puisse être convertie en divorce ; seule la reprise de la vie conjugale constitue une fin de non-recevoir contre cette demande (V. C. C. all., § 1576).

effets sont les mêmes, que la séparation soit prononcée pour un temps déterminé ou pour un temps indéterminé.

a) Quant aux époux, la séparation ne rompt pas le lien du mariage. Il ne peut donc être question pour la femme de perdre la condition que lui a fait acquérir son mariage ou le droit de continuer à porter le nom de son mari. En revanche, la femme acquiert un domicile séparé qui lui sera presque toujours désigné par le juge, au cours de l'instance en séparation⁽¹⁾. Et il est certain qu'après le prononcé du jugement, si la séparation est accordée, la femme pourra librement choisir un domicile nouveau et en changer ensuite, si bon lui semble.

Dans un autre ordre d'idées, il faut ajouter que la séparation de corps ne modifie en rien les droits de succession réciproques des époux tels qu'ils sont déterminés par la loi, le régime matrimonial ou le contrat de mariage.

b) En ce qui concerne les enfants, la séparation de corps soulève les mêmes questions que le divorce et elles sont résolues de la même manière. Le libre pouvoir d'appréciation reconnu au juge en matière de divorce lui est également reconnu en matière de séparation de corps ; c'est ce qui ressort des dispositions de l'article 156 : « *En cas de divorce ou de séparation de corps, le juge prend les mesures nécessaires concernant l'exercice de la puissance paternelle et les relations personnelles entre parents et enfants, après avoir entendu les père et mère et au besoin l'autorité tutélaire.* »

Entouré des renseignements que le père, la mère et au besoin l'autorité tutélaire lui auront fournis, le juge

(1) Art. 145.

se prononcera librement sur toutes ces questions. Les solutions seront les mêmes qu'au cas de divorce. Le juge devra notamment se prononcer sur la pension alimentaire qui pourra être accordée, à l'encontre de l'époux coupable, en faveur des enfants confiés à l'époux innocent. Le quantum de cette pension sera calculé d'après les ressources respectives des deux époux et suivant leur situation sociale.

Le juge devra également régler la question des relations personnelles entre les parents et les enfants ; dans cette détermination il devra, comme au cas de divorce, s'inspirer d'abord de l'intérêt moral des enfants ; il le devra surtout quand il s'agira pour lui de régler l'importante question de savoir à qui ils seront confiés.

Il est inutile d'insister sur ce point que les droits de succession des enfants à l'égard de leurs parents ne sont pas du tout modifiés par le fait de la séparation de corps.

c) Les effets d'un jugement de séparation de corps sur les biens des époux ne sont pas aussi absolus que ceux d'un jugement de divorce. Les circonstances de chaque cas particulier sont si diverses — garanties morales que présentent les époux, valeur de leurs apports, intérêts à sauvegarder, — qu'il a paru inutile et dangereux de préciser d'une manière absolue les effets d'un jugement de séparation de corps en cette matière. Aussi l'article 155, al. 1, déclare-t-il simplement : « *En cas de séparation de corps, le juge ordonne la dissolution ou le maintien du régime matrimonial, eu égard à la durée de la séparation et à la situation des époux.* » Cet article donne donc au juge la faculté soit d'ordonner la dissolution du régime matrimonial et sa liquidation, soit de le maintenir.

Il est bien évident que, si le juge adopte la première

solution, il devra appliquer les alinéas 1 et 2 de l'article 154 (1).

Si, au contraire, le régime matrimonial est maintenu, il continuera à être régi par les mêmes règles que dans le passé, sous réserve cependant des mesures conservatoires que le juge pourrait croire utile de prendre,

Mais les espèces où le juge aura à décider ainsi lui-même du sort du régime matrimonial se présenteront assez rarement en fait ; le plus souvent, les époux invoqueront l'alinéa 2 de l'article 155, ainsi conçu : « *Il (le juge) ne peut refuser la séparation de biens, si l'un des époux la demande.* »

Sans doute, le juge doit, en cette matière, statuer d'office, mais rien n'empêchera le demandeur de prendre, accessoirement à la demande principale, des conclusions relatives à la liquidation des biens. Sans doute aussi le juge restera libre de les accepter ou de les rejeter, ou même de leur en substituer d'autres, sauf toutefois si elles tendent à faire prononcer la séparation de biens, auquel cas il sera tenu de la prononcer. S'il intervenait, au sujet de la liquidation des biens, des conventions amiables entre les époux, il reste bien entendu que ces conventions ne seraient reconnues comme valables qu'après leur ratification par le juge (2).

Mais les décisions du juge, en quelque matière que ce soit, qu'elles concernent les époux eux-mêmes, les en-

(1) « En cas de divorce, chacun des époux reprend son patrimoine personnel quel qu'ait été le régime matrimonial. — Le bénéfice est réparti entre eux conformément aux règles de leur régime, le déficit est à la charge du mari, à moins que celui-ci n'établisse qu'il a été causé par la femme. »

(2) Art. 158, al. 5.

fants, les tiers, seront-elles définitives ? Non, car l'art. 157 s'applique aussi bien à la séparation de corps qu'au divorce. Il faut donc reconnaître au juge la faculté de modifier ses premières décisions, si des circonstances nouvelles, des faits nouveaux venaient à se produire.

d) Il faut enfin remarquer que l'indemnité prévue, en cas de divorce, en faveur de l'époux innocent, comme compensation de la perte de ses droits successoraux, ne se retrouve pas en cas de séparation de corps ; et cela est tout naturel, puisque aussi bien les droits de succession réciproque des époux ne sont pas modifiés par l'intervention d'un jugement de séparation. Il doit être toutefois bien entendu que, si le juge l'estime équitable ou nécessaire, il pourra condamner l'époux coupable à payer à l'autre époux une pension alimentaire, par exemple dans le cas où la séparation de biens prononcée accessoirement à la séparation de corps laisse celui-ci sans ressources.

DEUXIÈME PARTIE

ÉTUDE CRITIQUE DES DISPOSITIONS LÉGALES DU CODE CIVIL SUISSE EN MATIÈRE DE DIVORCE ET DE SÉPARATION DE CORPS

• Nous avons, dans la première partie de ce travail, exposé l'ensemble des dispositions de la législation suisse actuelle relatives au divorce et à la séparation de corps. Dans une deuxième partie nous allons étudier, au point de vue critique, ces diverses dispositions. Nous suivrons ici exactement le plan adopté pour notre première partie, c'est-à-dire que nous étudierons, au point de vue critique, dans quatre sections différentes : les causes du divorce, la procédure, les effets du divorce, la séparation de corps.

SECTION I

Etude critique des causes du divorce

L'introduction historique placée en tête de cette étude a montré quel lien profond rattache les dispositions actuelles du Code civil suisse, en matière de divorce et de

séparation de corps, aux coutumes anciennes des pays qui ont formé la Confédération. Les caractères particuliers que présente cette législation s'expliquent en grande partie par ce fait qu'en Suisse, la Réforme fit de bonne heure de rapides progrès et que les Eglises protestantes n'ont jamais montré à l'égard du divorce la même hostilité que l'Eglise catholique. Ce sont ces tendances favorables qui expliquent les nombreuses causes de divorce introduites peu à peu dans les différentes législations cantonales de la Suisse, causes qui ont été tout naturellement maintenues dans la législation uniforme du mariage et du divorce en 1874 et en 1912.

Mais, si la facilité et la multiplicité des divorces s'expliquent par l'évolution historique qui a précédé la rédaction du Code civil suisse de 1912, on ne peut s'empêcher de constater que peut-être, au point de vue de l'intérêt social, les divorces sont, en Suisse, trop faciles et par suite trop nombreux.

Nous avons indiqué, en effet (1), qu'une des principales raisons qui avaient amené le législateur de 1912 à remplacer les dispositions de la loi du 24 décembre 1874 par des dispositions nouvelles était le désir, surtout dans le cas où la cause générale est invoquée, de rendre le divorce plus difficile. Dans son Exposé des motifs de l'avant-projet de Code civil du 12 novembre 1900, le professeur Hüber s'exprimait, en effet, ainsi (2) : « La loi actuelle consacre deux articles à la cause générale de divorce (art. 45 et 47) ; le premier emploie la formule : « si la continuation de la vie en commun est incompati-

(1) Voyez ci-dessus : Introd., Chap. II, Section III, p. 33 et ss.

(2) Hüber : Exposé des motifs, 2^e éd., p. 128 et ss.

» ble avec la nature du mariage », et le second dit : « si le » lien conjugal est profondément atteint ». L'art. 45 institue une action en divorce introduite par les deux époux ; l'art. 47 règle l'hypothèse d'une demande émanant d'une seule des parties. La jurisprudence est, dans ce domaine, d'une incertitude telle qu'il est de toute nécessité de lui donner une assise plus solide par un nouveau texte. Le projet cherche à atteindre ce but en condensant tout d'abord les deux formules en une seule. A la vérité, il faut tenir compte de l'éventualité où la demande serait intentée par les deux époux. Non pas en ce sens que les éléments justificatifs de divorce seraient différents en cas de demande conjointe, ce qui équivaldrait à conférer à celle-ci le caractère d'une condition spéciale de divorce, mais en ce sens que l'action formée par un seul des époux sera valable, si le demandeur établit que la désunion est entièrement ou principalement imputable au défendeur ; à défaut de quoi, on exigera que les deux époux actionnent en divorce. Cette solution ne facilite pas le divorce, au regard du droit actuel, mais elle marque plus clairement que la demande introduite par les deux conjoints doit être aussi bien fondée que celle émanant d'un seul, ce qui était considéré comme douteux, à raison des formules divergentes des art. 45 et 47 de la loi du 24 décembre 1874. Ajoutons qu'il n'y aura plus d'équivoque sur le point de savoir si la demande conjointe suffirait en soi pour justifier l'action en divorce. Elle ne la justifiera pas plus qu'une déclaration des deux époux affirmant que la cause de la dissolution du lien conjugal existe. Au contraire, il faudra toujours que l'existence de cette cause soit objectivement établie, toutes choses problématiques, sous l'empire de l'art. 45 précité. »

Le but ainsi visé — la restriction du nombre des divorces — a-t-il été véritablement atteint ? On peut assurément en douter. Les statistiques (1) montrent que le nombre des divorces n'a pas cessé de s'accroître depuis la mise en vigueur du nouveau Code civil : il est, en effet, de 1.514 en 1912, de 1.616 en 1913. Il y a un léger fléchissement pendant les deux premières années de la guerre : 1.455 en 1914, 1.472 en 1915. Mais, dès 1916, le mouvement ascensionnel reprend : 1.562 divorces en 1916, 1.640 en 1917, 1.699 en 1918.

Si nous considérons maintenant les motifs qui servent de base aux demandes en divorce, nous constatons que les demandes fondées sur l'art. 142, c'est-à-dire sur la profonde atteinte au lien conjugal, sont de beaucoup les plus nombreuses et ne cessent de s'accroître dans des proportions bien plus considérables que les autres : c'est ainsi que, pour l'année 1912, il y a 194 divorces basés sur l'art. 137 (adultère) ; 265 basés sur l'art. 138 (attentat à la vie, sévices, injures graves) ; 130 basés sur l'art. 139 (délit infamant, conduite déshonorante) ; 54 sur l'art. 140 (abandon malicieux) ; 30 enfin sur l'art. 141 (maladie mentale) ; alors qu'il y en a 1.005 basés sur l'art. 142 (causes indéterminées).

Pour l'année 1918, les chiffres sont respectivement : 207 (art. 137) ; 187 (art. 138) ; 130 (art. 139) ; 49 (art. 140) ; 36 (art. 141) et 1.293 (art. 142).

On voit par ces chiffres que les causes indéterminées de divorce tendent à jouer dans la jurisprudence un rôle de plus en plus considérable. Les espoirs du professeur Hüber ne se trouvent-ils pas ainsi déçus ?

(1) Voyez tableau n° 1 : Divorces et séparations de corps en Suisse, de 1875 à 1918.

Pénétrons un peu plus dans le détail et considérons, au point de vue critique, les différentes causes de divorce prévues par le Code civil suisse : d'une part les causes déterminées, de l'autre les causes indéterminées.

§ 1. Causes déterminées

Les causes déterminées, c'est-à-dire celles qui permettent au juge de prononcer le divorce sur la preuve faite de leur existence, sont, on l'a dit, au nombre de cinq.

a) Il en est une tout d'abord — l'adultère (art. 137) — qui se retrouve dans toutes les législations, même les plus anciennes, et dans toutes les législations modernes qui reconnaissent le divorce, dans celles même qui ne reconnaissent que la séparation de corps. Le Code civil de 1912 ne pouvait manquer de la reproduire ; mais il l'a fait sous des conditions que nous avons déjà énoncées (1) et qu'il faut maintenant apprécier.

L'action en divorce est ouverte à chacun des époux sans aucune restriction. Cette solution, qui se retrouve également dans les Codes allemand et français (2), doit être approuvée sans réserve : car il n'y a aucune raison pour se montrer plus favorable au mari qu'à la femme, en matière d'adultère, comme le faisait le Code civil français de 1804 (3).

(1) Voyez ci-dessus, I^{re} partie, Chap. I, § 1, p. 40.

(2) C. C. all., § 1565 ; C. C. fr., art. 229 et 230.

(3) Art. 229 : « Le mari pourra demander le divorce pour cause d'adultère de sa femme » ; et anc. art. 230 : « La femme pourra demander le divorce pour cause d'adultère de son mari lorsqu'il aura tenu sa concubine dans la maison commune. »

Mais, si la faculté de demander le divorce pour cause d'adultère est ainsi reconnue aux deux époux, l'action ne peut pas être intentée à n'importe quel moment. Elle se prescrit en effet par six mois à compter du jour où l'époux offensé a connu la cause de divorce, et, dans tous les cas, par cinq ans depuis l'adultère.

La première de ces dispositions, toute en faveur du maintien du lien conjugal, s'explique parfaitement: la loi présume que l'époux qui n'a pas agi dans les six mois a pardonné; mais la seconde disposition est plus discutable: pourquoi l'époux qui a ignoré pendant cinq ans que son conjoint a commis un adultère se trouverait-il privé du droit de demander le divorce? Cette solution, qui est reproduite aussi, il faut le signaler, dans le Code civil allemand, ne m'apparaît pas du tout satisfaisante (1). D'autant que si elle cadre dans une certaine mesure avec la tendance restrictive du divorce que nous pouvons constater dans certaines dispositions du Code civil suisse, elle ne paraît guère en harmonie avec certaines formules de ce Code, notamment avec l'art. 142; car quel sera l'état d'esprit de l'époux qui, après cinq ans, apprend qu'il a été secrètement trompé? Croit-on que le lien conjugal ne se trouvera pas profondément atteint, au sens même de l'art. 142?

La disposition du dernier alinéa de l'art. 137, qui déclare la demande irrecevable en cas de consentement à l'adultère ou de pardon, se comprend au contraire aisément. Le Code civil allemand donne une solution analogue (2).

Enfin, nous avons vu que le Code civil suisse n'assi-

(1) C. C. all., § 1571.

(2) C. C. all., § 1570.

mile pas à l'adultère certains délits contre les mœurs, et cela à l'encontre du Code civil allemand (1). La raison du refus d'une telle assimilation se trouve retracée dans l'exposé des motifs de l'avant-projet de 1900, en ces termes : « Si les actes contre les mœurs constituent des délits, ils tombent sous le coup de l'art. 139, mais ils ne peuvent être assimilés à l'adultère (2). » Et, en effet, la solution du Code civil suisse apparaît comme préférable, étant donné que l'adultère est un fait d'une nature bien déterminée, qui n'est pas celle des faits prévus par le Code civil allemand.

b) On ne s'arrêtera pas longtemps à la critique de la deuxième cause déterminée de divorce prévue par le Code civil suisse dans son art. 138.

Cette cause de divorce que l'on retrouve dans le Code civil allemand et dans le Code civil-français, sous certaines de ses formes tout au moins, ne paraît pas d'une application très fréquente dans la pratique. Il est plus simple, en effet, dans le cas d'attentat à la vie, de sévices ou d'injures graves, d'avoir recours à la notion de profonde atteinte au lien conjugal de l'art. 142 : c'est ce qui explique le petit nombre de divorces basés sur la seconde cause (3). Quant aux dispositions de l'art. 138 relatives à la prescription et au pardon, elles appellent les mêmes appréciations que celles relatives à la prescription et au pardon de l'adultère (4).

c) L'art. 139 est plus intéressant. Le Code civil suisse

(1) C. C. all., § 1565.

(2) Exposé des motifs, Liv. II, Titre IV : Du divorce, p. 121 et ss.

(3) Voyez tableau n° 2, col. 4.

(4) Voyez ci-dessus, II^e partie, Section I, § 1, p. 133.

ne considère pas la condamnation de l'individu qui a commis le délit comme fait susceptible de faire prononcer le divorce, c'est au contraire l'acte délictueux lui-même qui constitue la cause du divorce. Et cet acte doit apparaître comme infamant, c'est-à-dire comme susceptible de rejaillir sur l'honneur et la considération de l'autre époux.

De plus, à lire l'art. 139, il semble qu'une restriction doit être encore apportée à la faculté reconnue à l'époux offensé de demander le divorce ; cet article dispose que, pour que le divorce soit prononcé, la vie commune doit être devenue insupportable au demandeur. Mais en réalité cette restriction ne s'applique qu'à la « conduite déshonorante », notion que nous devons maintenant apprécier.

A la vérité, si l'on peut se faire une idée à peu près exacte du « délit infamant », il paraît bien difficile de s'en faire une de la « conduite déshonorante », surtout si l'on veut la distinguer de la cause générale de divorce de l'art. 142. Cette notion de « conduite déshonorante » envisagée comme cause déterminée de divorce s'explique d'autant moins que la conduite dont il s'agit doit, à l'encontre du « délit infamant », être « si déshonorante que la vie commune soit devenue insupportable au demandeur ». Quelle différence voit-on alors entre cette cause de divorce et celle de l'art. 142, qui nous parle de « profonde atteinte au lien conjugal » et de « vie commune devenue impossible » ?

Aussi certains auteurs (1) considèrent-ils, avec raison, ce semble, la conduite déshonorante comme une simple

(1) Voyez Held, *op. cit.*, § 32.

variété de la cause générale de l'art. 142. Mais, s'il en est ainsi, pourquoi en avoir fait une cause de divorce distincte?

Cette critique paraît d'autant plus justifiée, que le Code civil allemand fait de la « conduite déshonorante et immorale » une cause relative de divorce et la comprend dans la cause générale de son § 1568 (1). On ne voit pas pourquoi le Code civil suisse n'a pas imité ce précédent.

d) La quatrième cause déterminée de divorce prévue est, nous l'avons vu, l'abandon ou le refus injustifié de réintégrer le domicile conjugal. C'est là une cause de divorce ignorée du Code civil français, mais reconnue par le Code civil allemand (2). Nous en avons examiné plus haut les conditions (3). Elle n'apparaît pas comme plus justifiable que celle constituée par la conduite déshonorante. Sans doute, pour obtenir le divorce, l'époux demandeur n'aura pas à prouver la profonde atteinte au lien conjugal. Mais pourquoi le dispenser ici de cette preuve? Cela ne paraît guère conforme à l'esprit restrictif qui est en somme celui des auteurs du Code civil de 1912 (4).

(1) C. C. all., § 1568 : « Un époux peut agir en divorce lorsque son conjoint, par une violation grave des devoirs résultant du mariage ou par une conduite déshonorante ou immorale, s'est rendu coupable d'un ébranlement si profond du rapport conjugal que le maintien du mariage ne peut être exigé du premier. »

(2) C. C. all., § 1567.

(3) Voyez ci-dessus, I^{re} partie, Chap. I, § 4, p. 48.

(4) Il faut ajouter d'ailleurs que le nombre de divorcés basés sur cet article est relativement faible : V. tableau n° 2, col. 6. Bien souvent l'abandon du domicile conjugal est considéré comme le motif valable d'une demande basée sur l'art. 142 : V. notamment arrêts du T. F., R. O., 1877, p. 382 et 725.

e) Nous arrivons enfin à la cinquième cause déterminée de divorce, l'une des plus importantes et des plus intéressantes du Code civil suisse, la maladie mentale.

Cette cause de divorce, ignorée du Code civil français, admise au contraire par le Code civil allemand (1), a donné lieu aux plus vives controverses. Une grave question se pose, en effet, celle de savoir si l'autorisation accordée à l'un des époux d'abandonner son conjoint, au moment même où il se trouve aux prises avec une terrible maladie, n'est pas contraire au devoir essentiel d'entraide créé par le mariage.

Mais, d'autre part, comment imposer, pour un temps malheureusement indéterminé, à l'époux bien portant cette vie solitaire? Comment le river ainsi à l'existence d'un être avec qui il n'a plus et ne peut plus avoir aucune relation physique ni morale, d'un être qui vit sans doute encore physiquement, mais dont la vie morale, sentimentale, intellectuelle, se trouve anéantie?

Certains esprits s'effrayent à l'idée que l'on pourrait prendre ainsi prétexte d'une folie, même passagère, pour faire rompre un mariage dont on n'a pas peut-être d'autre raison de se plaindre. Mais les conditions auxquelles est astreinte dans le Code civil suisse une demande basée sur cette cause de divorce permet de considérer son existence comme beaucoup moins dangereuse qu'il paraît à première vue: il ne s'agit point de prendre en considération toutes les maladies mentales, quels que soient leur degré, leur durée, leurs manifestations diverses. Le Code civil suisse n'admet comme cause de divorce qu'une maladie mentale dûment caractérisée, durant depuis trois

(1) C. C. all., § 1569.

ans et déclarée incurable à dire d'experts. Que peut-on exiger de plus ? Je sais bien que certains auteurs, adversaires irréductibles de cette cause de divorce, déclarent qu'il est impossible à un médecin aliéniste, si habile et consciencieux soit-il, d'affirmer que telle ou telle maladie est ou non incurable (1). Ces auteurs citent de nombreux médecins qui déclarent impossible d'affirmer que telle maladie mentale ne guérira pas un jour.

Mais ces arguments ne nous touchent pas beaucoup et nous sommes tout à fait partisan de cette cause de divorce avec les précautions qui l'accompagnent dans le Code civil suisse (2).

Il ne faut d'ailleurs pas s'exagérer l'importance d'une telle cause de divorce, car le nombre des divorces qu'elle a justifiés est, au moins en ce qui concerne la Suisse, très peu élevé (3).

Il ressort en somme de ces brèves critiques, que toutes les causes de divorce dites déterminées pourraient avantageusement, sauf peut-être l'adultère et la maladie mentale, être supprimées comme telles et fondues dans la cause générale de l'art. 142 dont nous devons aborder maintenant l'étude critique.

(1) Voyez notamment Vignaud : Le divorce et ses causes dans la législation de demain (Thèse Paris, 1911, p. 192 et ss.).

(2) Ajoutons que le C. C. all., qui base le divorce sur la notion de faute, reconnaît lui aussi, comme nous l'avons indiqué, la maladie mentale comme cause de divorce. Cela nous paraît un argument très sérieux en faveur de l'admission de cette cause.

(3) Voyez tableau n° 2, col. 7.

§ 2. Causes indéterminées

La cause indéterminée apparaît au premier abord comme fort séduisante ; la formule élégante de l'art. 142 paraît promettre beaucoup : « Chacun des époux peut demander le divorce, lorsque le lien conjugal est si profondément atteint que la vie commune est devenue insupportable. » Combien ces expressions de « profonde atteinte au lien conjugal », de « vie commune devenue insupportable. » paraissent heureuses et pleines de sens ! Mais, quand on veut creuser un peu plus ces formules, on est bien obligé de reconnaître que leur contenu ne répond pas aux espoirs qu'on avait fondés sur elles. Car qu'est-ce qu'une « profonde atteinte au lien conjugal », qu'une « vie commune devenue insupportable » ? La réalité est parfois si singulière !

Aussi, nombreux sont les juristes qui ont recherché ce que pouvaient contenir exactement des formules malgré tout fort vagues. J'ai montré, dans la première partie de ce travail, que les auteurs n'étaient d'accord ni sur le contenu exact de ces formules, c'est-à-dire sur les faits qu'on pouvait y faire entrer, ni sur les conditions exactes de leur application (1). La jurisprudence qui, elle, ne s'occupe ni de classifications, ni de catégories, ne se montre pas embarrassée et c'est sans doute un peu à la légère que les divorces basés sur l'article 142 sont prononcés.

Et pourtant la loi semble mettre à ces divorces des conditions nombreuses : il faudra, nous dit-on, prouver tout d'abord la « profonde atteinte au lien conjugal »,

(1) Voyez ci-dessus, I^{re} partie, Chap. I, Section I, p. 50.

ensuite démontrer que la « vie commune est devenue insupportable » ; enfin, l'époux demandeur devra faire la preuve qu'il n'est pas lui-même responsable des faits qu'il reproche au défendeur. Mais qui sera chargé d'apprécier les faits de la cause tels qu'ils sont exposés par le demandeur ? Ce sera le juge ; mais celui-ci est sujet à l'erreur ; sans doute, il voudra recourir à l'enquête, mais il devra, dans ce cas, apprécier à leur juste valeur les témoignages recueillis, et ici encore il pourra se tromper. En somme, tout dépend du juge. Là est sans doute le grand danger de la cause indéterminée de divorce. La loi pose des conditions, mais c'est au juge qu'elles s'imposent. Celui-ci les respectera-t-il, c'est là toute la question.

Mais cette critique faite, ce danger signalé, nous déclarons être absolument partisan de la « *clausula generalis* » du Code civil suisse. Son excellence, malgré ses défauts, est, à notre avis, démontrée par les tentatives aussi nombreuses que vaines faites par les auteurs de propositions de modification de la législation française du divorce, lesquels se sont égarés dans des énumérations aussi fastidieuses qu'inutiles de faits pouvant constituer des causes de divorce. Je fais allusion ici notamment à la pétition Magnaud qui contenait une énumération des causes de divorce en 16 articles et qui se terminait par un 17^e article ainsi conçu : « Et, d'une manière générale, toute cause non prévue qui paraîtra au tribunal de nature à atteindre profondément le lien conjugal. »

Il est inutile, d'ailleurs, de se le dissimuler ; la jurisprudence française actuelle, qui considère comme cause de divorce la tentative d'adultère, le fait d'avoir communiqué une maladie vénérienne à son conjoint, le refus de consentir à la célébration religieuse du mariage, le refus

du devoir conjugal, l'impuissance, certains faits antérieurs au mariage, la diffamation, l'outrage, l'abandon, la folie même, par des voies détournées, tout cela sous la dénomination vague et inexacte d'injures graves, n'a-t-elle pas en réalité instauré dans la loi une cause générale de divorce? Dès lors, pourquoi se payer de mots, méconnaître la réalité et ne pas admettre explicitement cette cause générale?

Je ferai cependant une critique à la cause générale de divorce du Code civil suisse. A l'inverse de celle du Code civil allemand, il n'est fait aucune mention, dans la formule de l'art. 142, de la *faute* de l'époux contre lequel le divorce est demandé; c'est peut-être aller un peu loin, car quelle est alors la limite exacte entre les faits susceptibles d'être considérés comme causes de divorce et ceux qui ne le sont pas?

Aussi, ne cachons-nous pas notre préférence pour la formule un peu plus restrictive employée par le Code civil allemand dans son § 1568: « Un époux peut agir en divorce lorsque son conjoint, par une violation grave des devoirs résultant du mariage ou par une conduite déshonorante et immorale, s'est rendu coupable d'un ébranlement si profond du rapport conjugal que le maintien du mariage ne peut être exigé du premier. »

SECTION II

Etude critique de la procédure du divorce

La première impression qui se dégage de l'analyse des prescriptions relatives à la procédure du divorce (1)

(1) Voyez ci-dessus, I^{re} partie, Chap. II, p. 67.

telle qu'elle est organisée par les deux lois que nous avons prises pour modèles et par le Code civil suisse, c'est leur grande ressemblance avec les règles établies par la loi française du 27 juillet 1884. Quelques points particuliers sont pourtant à relever.

a) Tout d'abord le Code civil suisse se montre plus large, notamment en ce qui concerne la capacité nécessaire pour agir en divorce. Femmes mariées, mineurs, interdits capables de discernement, peuvent sans autorisation quelconque intenter une action en divorce ou y défendre. Les interdits incapables de discernement seuls ont besoin de l'assistance de leur tuteur et de l'autorisation de l'autorité tutélaire.

Voilà une solution simple ; elle évite toutes les controverses que la question soulève en droit français. Combien il serait heureux qu'une pareille disposition fût introduite en France !

Les dispositions contenues dans l'art. 61 du Titre final du Code civil suisse relatives au divorce, en Suisse, d'époux de nationalité étrangère sont d'ailleurs, à ce sujet, particulièrement dignes d'attention. On admet toujours ces époux à demander le divorce, mais ils doivent faire au préalable la preuve que la cause de divorce qu'ils invoquent est admise par leur législation nationale et que la décision à intervenir sera reconnue par les autorités de leur pays.

Cette disposition, très sage, n'est sans doute pas susceptible de causer beaucoup de gêne aux époux étrangers qui veulent divorcer, puisque la Suisse, notre étude l'a montré, est un des pays d'Europe où le divorce est le plus facile. Mais, au point de vue droit international, elle est susceptible d'éviter bien des ennuis aux plaideurs, après qu'ils auront obtenu le jugement de divorce

qu'ils sollicitent ; elle doit donc être entièrement approuvée.

b) En ce qui concerne la compétence, nous avons fait remarquer (1) que c'était le tribunal du domicile du demandeur qui était compétent pour prononcer le divorce. Cette solution est en contradiction avec celle du Code civil français. Mais, pratiquement, les deux systèmes aboutissent au même résultat, puisque le domicile conjugal est celui du mari. Le tribunal compétent sera donc celui du domicile conjugal, tout comme si c'était le tribunal du domicile du défendeur qui nous était indiqué comme compétent. Cette solution peut donc parfaitement être admise.

c) Les solutions relatives à l'introduction de la demande (2), solutions qui, nous l'avons vu, se rapprochent sensiblement de celles du Code civil français, appellent des observations analogues : leur efficacité ne sera ni plus grande ni plus faible, que le magistrat chargé de recevoir la demande et de procéder ensuite à l'essai de conciliation soit le magistrat conciliateur ordinaire, comme c'est le cas dans le canton de St-Gall, ou le président du tribunal civil, comme le prescrit la loi du canton de Genève. Son rôle sera aussi ingrat que possible, et son intervention ne changera pas beaucoup les dispositions du demandeur, soit au moment où il présente sa requête, soit au moment de la tentative de conciliation. Une pareille institution n'a d'ailleurs donné aucun résultat en France ; il en est exactement de même en Suisse : le législateur suisse, en l'admettant comme le législateur français, a donc cédé à une illusion.

(1) Voyez ci-dessus, I^{re} partie, Chap. II, § 2, p. 73.

(2) Voyez ci-dessus, I^{re} partie, Chap. II, § 3, p. 75.

d) L'art. 145, relatif aux mesures provisoires, donne des solutions identiques à celles du Code civil français (1). Les intérêts respectifs des parties se trouvent, à notre avis, efficacement sauvegardés par ces dispositions. Remarquons cependant que la solution de la loi du canton de Genève, au sujet de l'autorité compétente pour ordonner les mesures provisoires, n'apparaît pas comme très heureuse, ces mesures ayant besoin d'être prises le plus tôt possible. La mission, confiée de ce chef au tribunal, au moins dans sa plus grande partie, serait, semble-t-il, beaucoup mieux remplie par le président du tribunal seul, puisque c'est lui qui est chargé de procéder à la tentative de conciliation (2). La solution donnée par la loi du canton de St-Gall, qui est celle du Code civil français, paraît donc préférable.

e) En ce qui concerne la procédure devant le tribunal, procédure qui est sensiblement la même dans les deux législations que nous avons étudiées, il faut surtout faire ressortir la nécessité pour les parties de comparaître en personne devant le tribunal ; cette solution offre, à notre avis, un grand avantage : c'est de permettre au juge d'étudier de plus près la mentalité des plaideurs, de se rendre un compte plus exact de leurs idées, de leurs sentiments, ce qui est impossible s'ils ne comparaissent pas, comme c'est le cas en France.

De même, la solution donnée par la loi du canton de St-Gall, en ce qui concerne la non-publicité des débats d'un procès en divorce, pourrait être avantageusement introduite en France, car, jointe à la présence des par-

(1) Comp. art. 145 C. C. S., et art. 238 C. C. fr.

(2) Voyez ci-dessus, I^{re} partie, Chap. II, § 4, p. 78.

ties, elle permettrait au juge de se faire une image plus exacte du caractère et des sentiments des plaideurs.

f) Les dispositions du Code civil suisse relatives au prononcé du jugement sont curieuses et méritent de retenir quelques instants notre attention. La loi refuse en effet toute liberté d'appréciation au juge, en ce qui concerne le prononcé de la sentence ; sans doute elle le laisse entièrement libre de décider s'il se trouve convaincu de l'existence de la cause de divorce que l'on invoque devant lui ; mais, une fois qu'il est intimement persuadé que cette cause existe, il doit prononcer le divorce ou la séparation de corps. C'est là, semble-t-il, une conséquence parfaitement logique de l'existence réelle de la cause de divorce.

g) Les voies de recours contre un jugement de divorce sont en partie les mêmes que dans la législation française : opposition contre les jugements de défaut, appel contre les jugements contradictoires ou par défaut. L'organisation des voies de recours n'appelle aucune remarque particulière. Mais il en existe deux autres : la révision et la requête en interprétation.

La révision nous apparaît comme une sorte de requête civile ; son utilité peut paraître contestable, car cela fait beaucoup de voies de recours.

Quant à la requête en interprétation, son utilité nous paraît au contraire très grande ; c'est là, certainement, une voie de recours qui pourrait être utilement introduite dans nos lois françaises de procédure.

Au surplus, nous n'avons rien de particulier à dire du recours au Tribunal fédéral, dernière ressource des plaideurs éternellement mécontents.

h) Enfin, les mesures prescrites au sujet de la publicité du jugement de divorce paraissent raisonnables et sus-

ceptibles de porter, aussi efficacement qu'il est nécessaire, à la connaissance des intéressés le changement survenu dans la situation respective des parties entre lesquelles le divorce a été prononcé.

SECTION III

Étude critique des effets du divorce

Comme nous l'avons indiqué (1), c'est en cette matière que le Code civil de 1912 a réalisé les plus grands changements par rapport à la législation antérieure. Disons tout de suite que nous approuvons complètement les solutions de ce Code, en tout ce qui a trait aux effets du divorce : effets relatifs aux époux eux-mêmes, à leurs enfants, à leurs biens, à l'indemnité que l'époux reconnu coupable peut être tenu de verser à l'époux innocent. Quelques réserves de détail paraissent seules nécessaires.

a) En ce qui concerne tout d'abord les effets du divorce relatifs à la personne même des époux, les solutions du Code civil suisse nous paraissent excellentes. Seule la disposition de l'art. 150 qui oblige le juge à imposer à l'époux reconnu coupable d'avoir provoqué le divorce, avant de pouvoir se remarier, un délai qui peut aller jusqu'à trois ans, en cas d'adultère, peut prêter à la critique. Ce sont là, à notre avis, des défenses sans portée pratique et qui sont plutôt nuisibles. On en a bien vu, en France, après le rétablissement du divorce en 1884, les inconvénients, auxquels il a été remédié par la loi du 15

(1) Voyez ci-dessus, I^{re} partie, Chap. III, p. 92 et ss.

décembre 1904 (1). Ajoutons que le Code civil allemand ne contient aucune disposition de ce genre.

Quant aux solutions relatives à la condition de la femme divorcée, au maintien de l'alliance entre l'époux divorcé et la famille de l'autre époux, à l'obligation alimentaire, toutes ces solutions, conformes au bon sens, ne semblent prêter à aucune critique.

b) Au sujet des effets du divorce par rapport aux enfants, le Code n'a pas hésité, et avec raison semble-t-il, à abandonner toute solution *a priori* ; il se contente de déclarer qu'avant de rien décider en ce qui concerne l'exercice de la puissance paternelle, les relations personnelles des parents et des enfants, la contribution à leur entretien, le juge doit entendre d'abord les époux sur les propositions qu'ils peuvent avoir à faire. C'est seulement après leur audition qu'il pourra prendre les décisions les plus adéquates à la situation.

Le pouvoir discrétionnaire qui est en quelque sorte reconnu ici au juge ne saurait être critiqué, car c'est lui seul, et non pas le législateur, qui peut indiquer les mesures les plus satisfaisantes, dans des circonstances de fait données.

Il faut d'ailleurs prêter une attention toute particulière à la disposition de l'art. 157 qui permet au juge de modifier les mesures qu'il a prescrites et dont la modification peut être rendue nécessaire par suite de l'apparition de faits nouveaux tels que le départ, la mort, le

(1) Cette loi a abrogé l'art. 298 du C. C. tel qu'il avait été établi par la loi du 27 juillet 1884 : « Dans le cas de divorce admis en justice pour cause d'adultère, l'époux coupable ne pourra jamais se remarier avec son complice. »

mariage du père ou de la mère, disposition qui nous paraît très heureuse.

c) Toutes les dispositions relatives aux effets du divorce quant aux biens que nous avons étudiées plus haut (1) sont, comme nous avons essayé de le montrer, en harmonie parfaite avec les dispositions qui règlent le régime matrimonial des époux. La disposition de l'article 154 relative au déficit qui peut être constaté dans la communauté au moment du règlement de comptes est particulièrement remarquable. Le mari étant, en règle générale, administrateur des biens du ménage, il a paru logique de lui imposer la charge du déficit éventuel, avec cette restriction cependant qu'il peut établir que ce déficit a été en réalité causé par la femme.

La disposition, en vertu de laquelle les époux cessent d'être héritiers l'un de l'autre et perdent tous les avantages qui leur auraient été consentis avant le divorce, est également très sage et doit être complètement approuvée.

d) Nous arrivons enfin à l'examen critique des dispositions contenues dans les articles 151, 152 et 153 et relatives à l'indemnité que peut obtenir l'époux innocent, si sa subsistance journalière ou même ses espérances successorales sont déçues par un divorce que des circonstances indépendantes de sa volonté viennent lui imposer (2). Ces dispositions, qui ne sont pas nouvelles puisqu'elles existaient déjà sous des formes variées dans les législations cantonales et que le législateur de 1912 a cru devoir maintenir, sont tout à fait originales

(1) Voyez ci-dessus, I^{re} partie, Chap. III, Section III, p. 105.

(2) Voyez ci-dessus, I^{re} partie, Chap. III, Section IV, p. 112.

puisque'on ne les retrouve sous cette forme dans aucune autre législation (1). Que faut-il en penser ?

L'indemnité due par l'époux coupable à l'époux innocent en réparation des pertes pécuniaires présentes ou futures que lui fait subir le divorce peut paraître quelque peu arbitraire, mais elle est peut-être de nature à empêcher le conjoint de se livrer à des actes inconsidérés, susceptibles de donner lieu au divorce. On peut en dire autant de la réparation morale prévue par le 2^e alinéa de l'article 152.

Ces dispositions nous paraissent, en tout cas, bien préférables aux dispositions des articles 299 et 300 du Code civil français, qui semblent absolument arbitraires. La solution donnée par le Code civil suisse permet, en effet, au juge d'apprécier équitablement les pertes subies par l'époux innocent du fait du divorce et de lui attribuer en conséquence une indemnité proportionnée à ces pertes.

Enfin, la pension alimentaire de l'art. 152 paraît entièrement justifiée, car l'époux innocent ne saurait être considéré comme trop intéressant. Une vie convenable, au niveau de sa situation sociale, doit lui être ménagée et il est juste que les moyens de soutenir cette situation soient fournis par celui qui a causé la demande en divorce.

Ajoutons, en dernier lieu, que les dispositions de

(1) Tout au moins dans une mesure aussi grande, car le Code civil allemand connaît aussi l'obligation pour le mari de subvenir à l'entretien de l'épouse divorcée, en proportion de ses ressources et de la condition sociale de la femme, et réciproquement. Mais il ne connaît pas la réparation morale ni les dommages-intérêts attribués par le C. C. S. à l'époux innocent. Voyez notamment le § 1578.

l'art. 153 sont l'expression de la sagesse même et méritent une pleine et entière approbation.

SECTION IV

Etude critique de la séparation de corps

On se souvient que, dans la loi du 24 décembre 1874, la séparation de corps n'existait pas comme mesure définitive, mais seulement comme mesure provisoire. Cette situation fit l'objet de vives critiques de la part des milieux catholiques qui réclamèrent notamment la possibilité d'introduire une demande principale en séparation de corps.

Comme on l'a indiqué plus haut (1), le Code civil de 1912 fit droit à ces réclamations, en établissant une séparation de corps définitive. L'action peut désormais tendre, soit au divorce, soit à la séparation de corps.

a) Les causes et la procédure de la séparation de corps sont les mêmes que celles du divorce ; elles appellent donc les mêmes appréciations, sur lesquelles nous ne reviendrons pas (2).

b) En ce qui concerne la durée de la séparation de corps, les dispositions de la loi que nous avons étudiées plus haut (3) apparaissent comme tout à fait judicieuses ; il faut prêter notamment attention aux dispositions de

(1) Voyez ci-dessus, I^{re} partie, Chap. IV, p. 120.

(2) Voyez ci-dessus, II^e partie, Section I, p. 129 et Section II, p. 142.

(3) Voyez sur ce point, I^{re} partie, Chap. IV, § 3, p. 122.

l'art. 118 (1), dispositions très logiques et qui doivent être entièrement approuvées. Il serait injuste, en effet, de maintenir dans les chaînes d'une séparation de corps perpétuelle un époux qui, pour d'excellents motifs, et notamment s'il a l'intention de se remarier, peut demander la conversion de la séparation de corps en divorce.

c) Relativement, enfin, aux effets de la séparation de corps (2), les dispositions du Code civil suisse nous apparaissent comme l'expression de la sagesse même : dans cette matière il ne saurait évidemment être question d'établir des règles générales et absolues ; tout ici est question d'espèce : le pouvoir reconnu au juge d'apprécier les propositions des époux en ce qui concerne soit les enfants, soit les biens, paraît être la seule manière de sauvegarder efficacement les intérêts de toutes les parties. Cette solution, qui est aussi celle du Code civil allemand (§ 1575), doit être absolument approuvée.

On peut, en somme, considérer les solutions données par le législateur suisse aux diverses questions qui se posent en matière de séparation de corps, comme tout à fait satisfaisantes et conformes à l'intérêt des parties et de la société. Ajoutons d'ailleurs que le nombre des demandes principales en séparation est relativement peu considérable par comparaison avec le nombre des demandes en divorce (3) ; par voie de conséquence, le nombre des demandes en conversion l'est également. Ce qui prouve qu'en Suisse le divorce jouit, malgré la reconnaissance d'une séparation de corps soumise aux

(1) Voyez sur ce point, I^{re} partie, Chap. IV, § 3, p. 122.

(2) Voyez sur ce point, I^{re} partie, Chap. IV, § 4, p. 123.

(3) Voyez sur ce point le tableau n° 3.

mêmes conditions, d'une faveur très marquée et qu'on lui reconnaît ainsi une valeur très supérieure. C'est également notre sentiment, car nous considérons qu'au point de vue particulier comme au point de vue général, les situations nettes sont toujours préférables à celles qui ne le sont pas.

CONCLUSION

LE CODE CIVIL SUISSE ET LA LÉGISLATION FRANÇAISE DE DEMAIN

Nous avons indiqué, au cours de notre étude, les principales différences qui séparent la législation suisse de ses voisines, la législation française de 1884, la législation allemande de 1900.

Quelle meilleure conclusion à cette étude que de montrer, dans un très bref résumé, ce que le législateur français de demain pourrait emprunter au Code civil suisse pour le faire passer dans une législation française du divorce et de la séparation de corps réformée et amendée?

Nous voudrions tout d'abord voir une loi prochaine, soucieuse de mettre notre législation du divorce en harmonie avec les exigences de la vie moderne, adopter une formule analogue à celle de l'art. 142 du Code civil suisse. Il est vrai, — nous l'avons indiqué, — cette formule ne nous satisfait pas entièrement, parce qu'elle ne prend pas en considération la notion de faute qui est pourtant,

à notre avis, essentielle. Nous considérons cependant comme essentielle aussi la notion de cause générale ou indéterminée de divorce. Il nous semble que seule cette cause est susceptible de pourvoir aux situations parfois si singulières que présente la vie moderne. Et puis, c'est là, à notre avis, une formule de probité législative, qui évite les déformations jurisprudentielles si nombreuses et si regrettables auxquelles les juges ne sont que trop enclins à recourir, pour remédier aux lacunes et aux imperfections de notre loi actuelle. Cette formule permet seule, ce semble, une application raisonnable de l'institution du divorce, surtout si, comme nous le voudrions, on désignait pour l'appliquer certains magistrats qui, spécialisés dans les questions de famille, pourraient acquérir, en ces matières délicates entre toutes, la science et la compétence qui, il faut le reconnaître, fait souvent défaut à nos juges.

Mais il y aurait place, croyons-nous, dans notre législation de demain pour deux autres causes de divorce, déterminées celles-là, et non plus relatives : l'adultère et la maladie mentale.

Pour ce qui est de l'adultère, déjà admis dans notre législation, nous n'hésitons pas à déclarer qu'il faut l'y maintenir en tant que cause déterminée de divorce. L'époux qui se rend coupable d'adultère commet, selon nous, la plus grave des fautes dont un conjoint puisse se rendre coupable à l'égard de son conjoint. Il nous semble donc impossible de comprendre l'adultère dans la cause générale de divorce que nous voudrions voir adopter. Mais cette cause devrait être accompagnée, nous semble-t-il, des restrictions admises par la loi suisse dans le cas de consentement de l'autre époux à l'adultère ou de pardon.

Quant à la maladie mentale, bien qu'elle ne cadre pas avec notre cause générale de divorce, qui attache à la notion de faute une importance capitale, nous souhaiterions la voir introduire dans notre législation du divorce. Nous avons essayé, en effet, de montrer combien une pareille cause de divorce était légitime et nécessaire, à une époque où, sous diverses formes, les maladies mentales occupent une place de plus en plus importante parmi les maux dont souffre l'humanité. Sans doute, on nous accusera de manquer de logique, puisque aussi bien nous demandions tout à l'heure l'introduction dans notre loi française d'une cause générale de divorce qui ferait une place prépondérante à la notion de faute et que, s'il est un fait auquel la volonté humaine soit étrangère, c'est bien la survenance d'une maladie mentale. Mais cette objection ne nous paraît pas décisive, car, si l'on fait, comme nous, de l'adultère une cause déterminée de divorce, on peut bien en admettre une seconde à côté d'elle. Et puis, n'avons-nous pas l'exemple de la législation allemande qui, faisant elle aussi de la faute une condition essentielle du divorce, reconnaît cependant la maladie mentale comme cause de divorce ?

Nous verrions volontiers aussi notre législation de demain reconnaître au juge la faculté de prononcer, sur une demande en divorce, une séparation de corps de durée déterminée, si la réconciliation apparaît comme possible, et cela, bien que nous soyons adverse, en principe, de la séparation de corps. Cette disposition permettrait quelquefois peut-être d'éviter la rupture définitive d'une union qui n'est que temporairement atteinte.

En ce qui concerne la procédure, nous souhaiterions

voir adopter les dispositions si libérales de la loi suisse sur l'introduction de la demande en divorce des mineurs et des interdits : l'adoption de ces dispositions mettrait un terme aux difficultés et aux controverses qui se présentent en l'état actuel de notre législation.

De même cette législation nouvelle devrait faire sienne l'idée de la comparution personnelle des parties devant le juge, surtout si l'on adoptait la spécialisation des juges que nous proposons tout à l'heure. On pourrait aussi supprimer la publicité des débats, comme le fait la loi du canton de St-Gall.

Enfin, les dispositions des art. 151, 152 et 153 du Code civil suisse, relatives aux indemnités en cas de divorce, pourraient, elles aussi, prendre une place importante dans une nouvelle législation. Ces dispositions nous paraissent bien préférables aux dispositions des art. 299 et 300 de notre Code civil, qui sont manifestement insuffisantes. Nombreux sont en effet les ménages où les conjoints ne se font point de donations. Dès lors, la crainte de voir s'évanouir les donations qui lui auraient été faites n'arrêtera plus le conjoint dans l'accomplissement des actes susceptibles de conduire au divorce. Tout au contraire, la perspective d'avoir à verser une indemnité d'autant plus considérable que sa fortune est plus grande sera, nous semble-t-il, susceptible d'arrêter en quelque mesure l'époux sur la voie mauvaise où il s'est engagé. A tout le moins, si ce résultat n'est pas atteint, il nous paraît tout à fait juste que l'époux coupable, d'avoir provoqué le divorce et d'avoir ainsi lésé gravement son conjoint dans ses intérêts moraux et pécuniaires soit tenu à des dommages. Il n'y aurait là d'ail-

leurs, nous semble-t-il, qu'une application du principe général posé par l'art. 1382 de notre Code civil.

Telles sont les principales des dispositions du Code civil suisse de 1912 qui, si elles étaient transportées dans notre loi française, ne manqueraient pas, à notre avis, de l'améliorer. Si cette étude peut contribuer, en quelque mesure, à un pareil résultat, elle n'aura pas été tout à fait inutile.

Montpellier, le 19 novembre 1921.

Vu et approuvé: LE PRÉSIDENT DE LA THÈSE,
G. MORIN.

Montpellier, le 21 novembre 1921.

Vu: Le Doyen,
Jules VALERY.

VU ET PERMIS D'IMPRIMER:
Montpellier, le 21 novembre 1921.
Le Recteur,
Jules COULET.

Tableau N° 1

DIVORCES ET SÉPARATIONS DE CORPS EN SUISSE

de 1876 à 1918

Années	Nombre de mariages	Juge- ments pro- noncés	Rejet de la demande	Séparation sur action		Divorces	
				en sépara- tion (5)	en divorce (6)	Nombre total (7)	Sur 1.000 mariages existants (8)
(1)	(2)	(3)	(4)	(5)	(6)	(7)	(8)
1918	26117	1964	108	101	56	1699	2.6
1917	23254	1928	140	88	60	1640	2.5
1916	22251	1810	113	87	48	1562	2.4
1915	19527	1733	113	79	69	1472	2.3
1914	22245	1714	116	80	63	1455	2.2
1913	26841	1893	127	96	54	1616	2.5
1912	27843	1730	103	62	51	1514	2.4
1911	27809	1799	111	65 *		1623	2.6
1910	27346	1684	91	66		1527	2.5
1909	27470	1690	101	55		1534	2.6
1908	27634	1707	103	53		1551	2.6
1907	27660	1646	89	63		1494	2.6
1906	27298	1501	88	70		1343	2.3
1905	26272	1376	97	73		1206	2.1
1904	25502	1376	71	62		1243	2.2
1903	25283	1338	84	72		1182	2.1
1902	25078	1258	91	62		1105	2
1901	25378	1185	88	70		1027	1.9

* On se souvient que, sous le régime de la loi de 1874, la séparation de corps ne pouvait pas être demandée principalement. De là la réduction des deux colonnes à une seule depuis cette date.

Années	Nombre de mariages	Juge- ments pro- noncés	Rejet de la demande	Sépa- ration sur action en divorce	Divorces	
					Nombre total	Sur 1.000 mariages existants
(1)	(2)	(3)	(4)	(5 et 6)	(7)	(8)
1900	25537	1174	90	59	1025	1.9
1899	25412	1260	90	79	1091	2
1898	25114	1162	80	64	1018	1.9
1897	24954	1194	94	89	1011	2
1896	23784	1213	84	72	1057	2.1
1895	22682	1034	77	60	897	1.8
1894	22188	1083	73	78	932	1.9
1893	21884	1058	84	71	903	1.8
1892	21884	1036	83	72	881	1.8
1891	21264	1046	96	73	877	1.8
1890	20836	1066	108	78	880	1.9
1889	20691	1069	114	90	865	1.8
1888	20706	1030	110	79	841	1.8
1887	20646	1128	121	82	925	2
1886	20080	1139	103	137	899	1.9
1885	20105	1159	122	117	920	2
1884	19898	1118	107	104	907	2
1883	16696	1095	82	115	898	1.9
1882	19414	1161	93	104	964	2.1
1881	19425	1171	97	129	945	2
1880	19413	1069	72	141	856	1.9
1879	19450	1185	115	132	938	2.1
1878	20590	1265	77	152	1036	2.3
1877	21871	1345	115	194	1036	2.3
1876	22376	1397	105	190	1102	2.5

Tableau N° 2

MOTIFS DES JUGEMENTS DE DIVORCE

(Années 1908-1918)

Années	Nombre total	Art. 137	Art. 138	Art. 139	Art. 140	Art. 141	Art. 142	Causes indéter- minées (*)
(1)	(2)	(3)	(4)	(5)	(6)	(7)	(8)	(9)
1918	1699	207	187	130	49	36	1293	12
1917	1640	200	222	117	52	39	1190	9
1916	1562	199	231	114	59	39	1123	6
1915	1472	198	236	144	51	32	1019	9
1914	1455	146	273	124	53	22	1024	7
1913	1616	209	301	107	55	24	1087	7
1912	1514	194	265	130	54	30	1005	11
1911	1623	164	367	41	64	34	1103	
1910	1527	136	366	52	43	37	1003	
1909	1534	129	371	50	55	27	1021	
1908	1551	156	406	37	68	31	1000	

(*) Les causes indéterminées de divorce (colonne 9) reposent sur les art. 147 et 148 du Code civil et ont trait aux mariages où la séparation a déjà été prononcée.

Tableau N° 3

JUGEMENTS DÉFINITIFS EN MATIÈRE DE DIVORCE

(Années 1912-1918)

Années	Actions en tout	Actions en séparation			Actions en divorce			
		en tout	reje- tées	sépa- rations	en tout	reje- tées	sépa- rations	divor- ces
(1)	(2)	(3)	(4)	(5)	(6)	(7)	(8)	(9)
1918	1964	104	3	101	1860	105	56	1699
1917	1928	95	7	88	1833	133	60	1640
1916	1810	93	6	87	1717	107	48	1562
1915	1733	86	7	79	1647	106	69	1472
1914	1714	87	7	80	1627	109	63	1455
1913	1893	103	7	96	1790	120	54	1616
1912	1730	64	2	62	1666	101	51	1514

BIBLIOGRAPHIE

A. — Sources

Code civil suisse du 10 décembre 1907 (Edition Rössel, Lausanne, Payot, s. d.).

Code civil suisse : Avant-projet du Département fédéral de Justice et Police du 12 novembre 1900 (Berne, 1900).

Code civil suisse : Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale concernant le projet de Code civil suisse du 28 mai 1904 (Berne, s. d.).

Code civil allemand du 18 août 1896. Ed. des principaux Codes étrangers (Paris, Imprimerie nationale).

Canton de Genève : 1. Loi sur l'organisation judiciaire du 13 octobre 1920. — 2. Loi de procédure civile du 13 octobre 1920.

Canton de St-Gall : 1. Gesetz betreffend die Zivilrechtspflege für das Canton St-Gallen du 31 mai 1900. — 2. Gesetz betreffend die Einführung des schweizerischen Zivilgesetzbuches du 16 mai 1911.

B. — Ouvrages

BLANVILLAIN. — De la réforme des causes du divorce en France (Thèse Paris, 1912).

CURTI-FORRER. — Commentaire du Code civil suisse (Paris et Neuchâtel, 1912).

GAILLARD. — Les causes du divorce en législation comparée (Thèse Bordeaux, 1900).

HÜBER. — System und Geschichte der schweizerischen Privatrechten (tomes I et IV) (Bâle, 1886-1893).

— Code civil suisse : Exposé des motifs de l'avant-projet du Département fédéral de Justice et Police (2^e éd.) (Berne, 1902).

HELD. — Der generelle Ehescheidungsgrund im deutschen und schweizerischen Recht (Zurich, 1918).

LEHR. — Le mariage, le divorce et la séparation de corps dans les principaux pays étrangers (Paris, 1899).

LAURENT-BAILLY. — Le divorce et la séparation de corps en France et à l'étranger (Paris, 1910).

MARTIN. — Commentaire de la loi fédérale concernant l'état civil et le mariage (Genève, 1897).

ROSSEL et MENTHA. — Manuel de droit civil suisse (tome I) (Lausanne, s. d.).

ROGUIN. — Traité de droit civil comparé : Le mariage (1904).

TISSIER. — Rapport sur l'extension des causes du divorce (Bulletin de la Société d'études législatives, année 1906).

VOGT. — Le Code civil suisse interprété par le Tribunal fédéral (Genève, 1921).

VIGNAUD. — Le divorce et ses causes dans la législation de demain (Thèse Paris, 1911).

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION

	Pages
CHAPITRE I. — LE DIVORCE ET LA SÉPARATION DE CORPS AVANT LA LOI DU 24 DÉCEMBRE 1874.	10
CHAPITRE II. — LA LOI FÉDÉRALE DU 24 DÉCEMBRE 1874 ET SES RÉSULTATS.	19
SECTION I. — Du divorce.	20
SECTION II. — De la séparation de corps.	31
SECTION III. — Résultats. Critiques. Projets de réforme.	33

PREMIÈRE PARTIE

Exposé de la législation suisse en matière de divorce et de séparation de corps	39
CHAPITRE I. — CAUSES DU DIVORCE.	39
SECTION I. — Causes déterminées.	40
SECTION II. — Causes indéterminées.	53
CHAPITRE II. — PROCÉDURE DU DIVORCE.	67
§ 1. Capacité en matière d'action en divorce.	69
§ 2. Tribunal compétent.	73
§ 3. Introduction de la demande et tentative de conciliation.	75
§ 4. Mesures provisoires.	78

	Pages
§ 5. Procédure devant le tribunal.....	80
§ 6. Jugement.....	83
§ 7. Voies de recours.....	85
§ 8. Publicité et transcription de la décision.....	89
CHAPITRE III. — EFFETS DU DIVORCE.....	92
SECTION I. — Effets du divorce quant à la personne des époux.....	93
SECTION II. — Effets du divorce quant aux enfants.....	99
SECTION III. — Effets du divorce quant aux biens.....	105
SECTION IV. — Des indemnités en cas de divorce.....	112
CHAPITRE IV. — DE LA SÉPARATION DE CORPS.....	120
§ 1. Causes.....	121
§ 2. Procédure.....	121
§ 3. Durée.....	122
§ 4. Effets.....	123

DEUXIÈME PARTIE

Etude critique des dispositions du Code civil suisse en matière de divorce et de séparation de corps	129
SECTION I. — Etude critique des causes du divorce. . .	129
SECTION II. — Etude critique de la procédure du divorce	142
SECTION III. — Etude critique des effets du divorce... .	147
SECTION IV. — Etude critique de la séparation de corps	151

CONCLUSION

Le Code civil suisse et la législation française de demain	155
TABLEAUX	160
BIBLIOGRAPHIE	165

